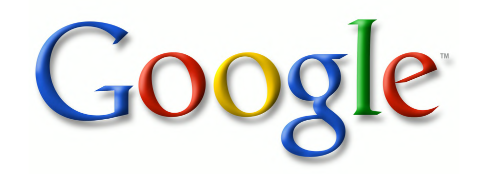
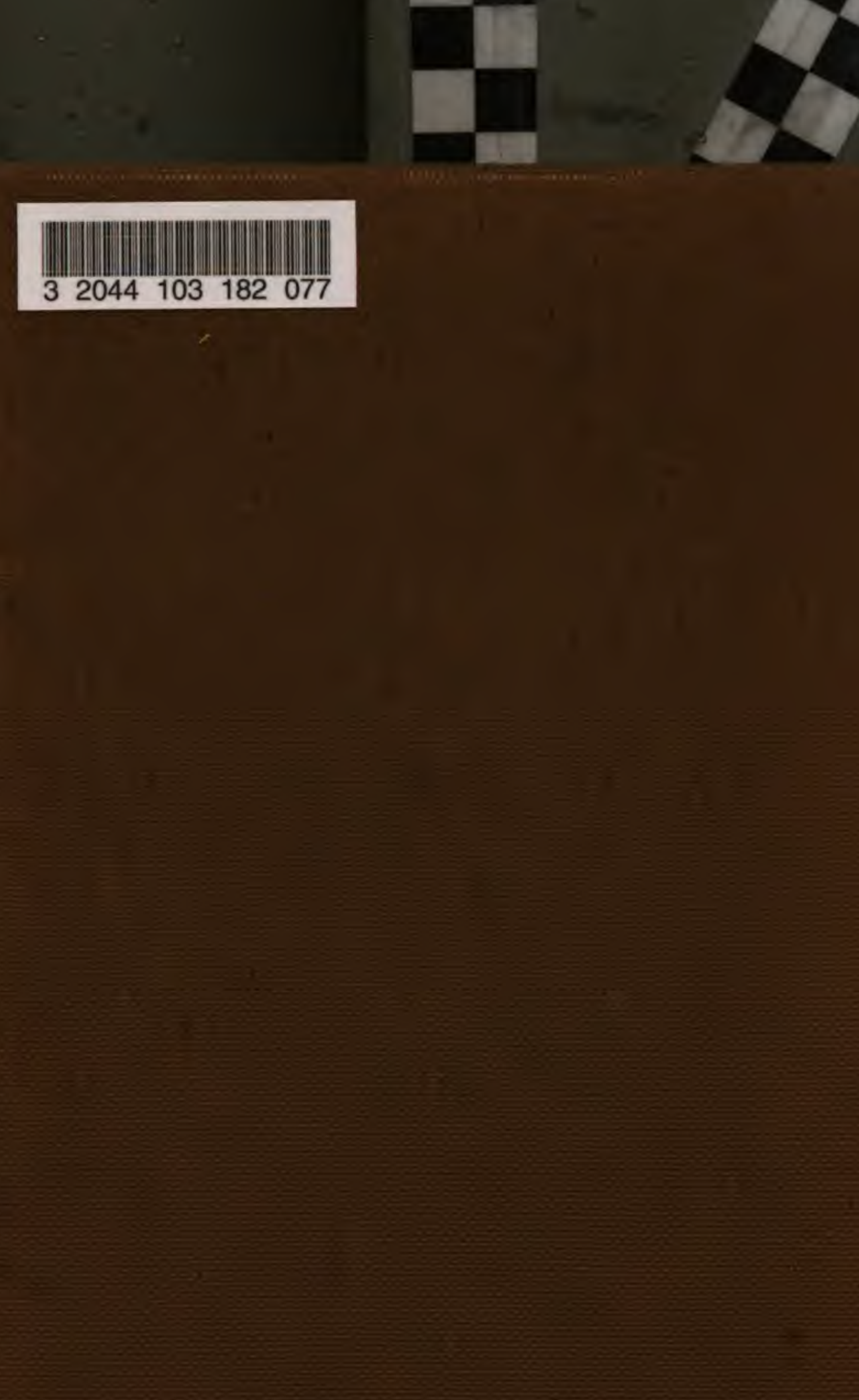



3 2044 103 182 077


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TS

à Monsieur Viollet
hommage de son dévoué confrère

# PRÉCIS

## THÉORIQUE ET PRATIQUE

# DE PROCÉDURE CIVILE

---

TOME PREMIER

Chaque volume doit porter la signature de M. GLASSON.

Glasson

1647-01. — CORBEIL. Imprimerie ED. CRÉTÉ.

# PRÉCIS
## THÉORIQUE ET PRATIQUE
# DE PROCÉDURE CIVILE

PAR

E. GLASSON

MEMBRE DE L'INSTITUT,
DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

AVEC LE CONCOURS, AU POINT DE VUE PRATIQUE, DE

P. COLMET DAÂGE

ANCIEN AVOUÉ PRÈS LE TRIBUNAL CIVIL DE LA SEINE

TOME PREMIER

PARIS

LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, ÉDITEUR

Libraire du Conseil d'État et de la Société de législation comparée.

24, Rue Soufflot, 24

1902

# PRÉFACE

Ce *Précis théorique et pratique de Procédure civile* est le résultat d'un enseignement donné pendant plus de trente ans à la Faculté de Droit de l'Université de Paris. Bien qu'il fût à peu près terminé depuis un certain temps déjà, l'auteur hésitait à le faire paraître et ne voyait même pas l'utilité d'une nouvelle publication de ce genre, à cause du long et très légitime succès des *Leçons de Procédure civile* de Boitard, publiées, il y a plus d'un demi-siècle, par de Linage, complétées et continuées ensuite par Gabriel Colmet Daâge. L'auteur s'est borné jusqu'à ce jour à continuer à son tour l'ouvrage de Boitard et de Colmet Daâge en le tenant au courant des doctrines nouvelles et des principales décisions de la jurisprudence ainsi que des changements nombreux introduits successivement dans la législation. Mais ce travail l'a amené à constater, dans ces derniers temps, que les *Leçons de Procédure*, bien que constamment mises à jour, ne répondaient plus pour la méthode et pour la forme aux nouveaux procédés de l'enseignement actuel. Est-ce un bien ou un mal ?

Il ne s'agit pas ici de le rechercher. Il suffira de constater que la méthode exégétique et la forme du commentaire sont aujourd'hui complètement abandonnées. On leur a substitué l'exposé doctrinal et synthétique, en se dégageant de plus en plus de l'explication littérale du texte de la loi. On s'attache à construire des théories complètes et qui se suffisent à elles-mêmes ; on les établit d'après les développements de la doctrine et de la jurisprudence ; on tient à faire connaître les réformes introduites à l'étranger et celles qui pourraient être réalisées en France. Nos codes ne tarderont pas à devenir les plus anciens de l'Europe et, par cela même, les plus imparfaits. Au commencement du dix-neuvième siècle, nous tenions la tête au point de vue de la codification ; nous ne tarderons pas à passer à l'autre extrémité. Les projets de réforme de nos codes n'aboutissent pas et cela pour des causes qu'il serait trop long d'exposer ici ; il suffira de dire que des assemblées politiques, presque exclusivement absorbées par les affaires intérieures ou extérieures, sont absolument incapables de discuter un projet de code article par article.

Le jour où l'on voudra réaliser une réforme dans nos codes, il faudra se résigner à en confier la mission à des commissions extraparlementaires, composées en partie de jurisconsultes spécialistes, en partie de sénateurs et de députés, et leur œuvre devra ensuite être votée en bloc par les Chambres; autrement, on n'aboutira jamais à aucun résultat. Ce sera déjà beaucoup de décider les pouvoirs législatifs à s'abstenir pendant quelque temps des agitations politiques, pour accorder quelques instants à tel ou tel de nos codes.

La réforme du Code de procédure a successivement occupé deux commissions extraparlementaires, l'une sous le second Empire, l'autre sous la troisième République ; le projet de réforme du Code de procédure dort depuis de longues années dans les archives de la Chambre des députés et, s'il est jamais discuté, ceux qui l'ont préparé ne seront certes plus là depuis longtemps pour donner les explications qu'il serait cependant nécessaire de leur demander.

Mais pendant que le pouvoir législatif donne ainsi chaque jour de nouvelles preuves de sa fatale impuissance, la science marche et progresse; les tribunaux, saisis de questions nouvelles, complètent la loi par une jurisprudence, parfois prudente, parfois hardie, mais toujours en rapport avec les besoins de notre temps. La législation s'améliore tout au moins par une jurisprudence prétorienne.

C'est de cet esprit nouveau, vraiment scientifique et pratique à la fois, qu'on a essayé de se pénétrer en publiant le *Précis théorique et pratique de Procédure civile.*

L'auteur n'a pu donner que de simples indications sur ce qui concerne l'histoire de la procédure et les réformes dont les lois de justice seraient susceptibles. Il a d'ailleurs consacré à ces questions des travaux particuliers auxquels il lui suffira de renvoyer. On n'a fait appel à l'histoire qu'autant qu'elle est utile pour l'explication d'un problème actuel de procédure ou pour l'exposé de l'évolution d'une institution. On a aussi laissé tomber un grand nombre de controverses longuement exposées dans les ouvrages, mais qui sont cependant définitivement tranchées par le Palais et par l'École. Il y a des solutions acquises et qu'il faut tenir pour telles, malgré le silence de la loi. Il ne pouvait pas non plus être question de relever tous les arrêts publiés par les recueils; c'eût été mettre le désordre et la confusion à la place de la méthode et de la précision. Aussi s'est-on attaché à ne relever que les arrêts les plus récents et qui contiennent des principes de jurisprudence ; on n'a cité les plus anciens qu'autant qu'ils sont particulièrement intéressants.

Bien qu'on ait abandonné la méthode exégétique pour lui substituer l'exposé doctrinal, cependant pour les cas où l'interprétation même et

directe du texte offre des difficultés, on n'a pas hésité à la donner suivant l'ancienne méthode.

Tout en adoptant pour l'exposé l'ordre qui a paru le plus logique, on s'est attaché à ne pas s'éloigner trop sensiblement de celui qu'avaient adopté les rédacteurs du code et ceux de l'ordonnance de 1667. C'est qu'en effet, sous ce rapport, le Code de procédure est le plus achevé de nos codes. En bouleversant l'ordre du code, on risque de mettre le lecteur dans l'embarras et de jeter la confusion dans son esprit.

Il a paru aussi qu'un ouvrage sur la procédure resterait incomplet s'il ne contenait pas sur un certain nombre de points des renseignements de pure pratique toujours fort utiles aux magistrats et à leurs auxiliaires. Ces renseignements, un professeur ne peut les donner par lui-même avec une complète sûreté et il ne saurait les chercher dans les ouvrages de doctrine déjà parus. Aussi l'auteur a-t-il demandé et obtenu pour ces questions de pratique du Palais le concours de M. Pierre Colmet Daâge, ancien avoué près le tribunal civil de la Seine, qui lui a fourni les renseignements les plus utiles, grâce à son expérience des affaires et à sa fréquentation du Palais, où il a dignement continué les traditions de son père et de son grand-père, dont les noms ont figuré avec honneur au barreau depuis les premières années du dernier siècle.

Comme un projet de loi réorganisant les conseils de prud'hommes était en discussion devant les Chambres au moment où fut commencée l'impression de cet ouvrage, on a remis à la fin du second volume l'explication de tout ce qui concerne cette juridiction et sa procédure ; pour le cas où la loi aurait été votée, on aurait pu la faire connaître ; mais elle n'existe encore qu'à l'état de projet au jour où nous écrivons ces lignes. Toutefois, à raison de la place qu'occupe cette matière à la fin du second volume, il sera facile, dès que la loi sera votée, de substituer le nouveau commentaire à l'ancien.

---

# PRÉCIS THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

# PROCÉDURE CIVILE

---

## INTRODUCTION

### CARACTÈRES DES LOIS DE LA PROCÉDURE ET DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

#### § 1. — Nécessité de la procédure.

Il ne suffit pas que le législateur détermine les droits de tous, ceux des particuliers comme ceux de l'État ; il faut encore qu'il en assure le respect. On ne peut en effet reconnaître à chacun le droit de se rendre justice à soi-même ; un semblable état social consacrerait le règne de l'anarchie et de la violence, il nous ramènerait aux premiers temps de l'humanité. Les hommes l'ont si bien compris que, dès l'aurore de la civilisation, alors qu'ils ne s'étaient pas encore fait une notion bien exacte des institutions judiciaires, ils ont pratiqué l'arbitrage volontaire ; les premiers juges ont été de simples arbitres dont les sentences n'avaient qu'une sorte de force morale ; du moment que ceux qui avaient provoqué l'arbitrage ne se soumettaient pas à la décision rendue, chacun reprenait le droit de se faire justice à soi-même. Mais alors il s'agissait moins d'obtenir justice que de se venger, et c'est sur ce droit de vengeance qu'ont, pendant de longs siècles, reposé l'organisation des tribunaux et la procédure. Lorsqu'on envisage l'humanité dans l'ensemble de son histoire depuis les temps les plus reculés, on est en droit de dire que la notion d'une justice rendue à tous au nom de l'État est une conception relativement récente de l'esprit humain. Quant à celle d'une justice égale et la même pour tous, elle ne date que d'hier.

C'est au moyen des tribunaux et de la procédure que l'État garantit à tous, et à chacun en particulier, les droits qui leur appartiennent ; qu'il protège les particuliers dans leurs personnes et dans leurs biens ; qu'il garantit la liberté individuelle ; qu'il assure le respect de la loi au profit des citoyens et de la société. Il en résulte que la plupart des droits sont à leur tour garantis par d'autres droits qu'on appelle souvent des actions et qui consistent dans la faculté de s'adresser aux tribunaux pour obtenir satisfaction. Ihering a

judicieusement établi, dans une brochure bien connue, *Le combat pour le droit*, que cette faculté reconnue à chaque personne de s'adresser à la justice n'est pas seulement un droit aussi légitime que tout autre, mais encore un véritable devoir qui existe pour chacun de nous vis-à-vis de nous-mêmes, comme aussi vis-à-vis de la société. Cette doctrine n'est certes pas celle de la chicane et il ne faudrait pas en conclure qu'à toute occasion on doit faire naître des procès. Elle se concilie au contraire parfaitement avec ce vieil adage du palais qui est, comme tant d'autres, l'expression du bon sens de notre ancienne France : « Un mauvais accommodement vaut mieux qu'un bon procès. » Le devoir imposé à chacun de nous de défendre son droit se concilie tout aussi bien avec la doctrine chrétienne qui enseigne le pardon des injures, mais qui prescrit en même temps de rendre à César ce qui appartient à César, c'est-à-dire de respecter le droit de chacun. Le pardon des offenses n'implique nullement renonciation au droit dont on jouit : de ce que je ne dois éprouver aucun sentiment de haine contre le voleur, il ne s'ensuit nullement que je sois tenu de le reconnaître propriétaire de ce qu'il m'a dérobé. Il n'existe donc aucune contradiction entre la loi morale ou religieuse et la loi civile ; le pardon n'implique nullement renonciation au droit, de même que celui qui transige au lieu de plaider use encore de son droit. De même aussi, il est hors de doute que dans une société où les citoyens négligent de faire respecter leurs droits, les bonnes mœurs s'affaiblissent, la notion de la justice elle-même s'altère insensiblement et les liens sociaux se relâchent.

De ce que tout droit doit être pourvu de sanction, il résulte manifestement que, pour assurer le respect de chacune des branches du droit public ou privé, il faut des lois qui établissent des tribunaux, d'autres qui déterminent les affaires qui leur seront soumises, d'autres enfin qui posent les règles relatives à l'instruction et au jugement des procès. De là trois espèces de lois : les lois d'organisation judiciaire, les lois de compétence, les lois de procédure. Si nous parcourons rapidement les différentes branches du droit, nous constaterons facilement l'existence de ces trois sortes de lois pour chacune des parties du droit positif.

On sait que le droit public se subdivise en droit constitutionnel, droit administratif et droit criminel. Dans chacune de ces branches, on relève des tribunaux, des règles de compétence, des procédures. C'est le Sénat qui, sous le nom de Haute Cour de justice, forme le tribunal chargé d'assurer le respect des lois constitutionnelles. Il est seul compétent pour juger le Président de la République mis en accusation par la Chambre des députés. C'est aussi lui qui connaît des accusations dirigées par la même Chambre contre les ministres pour crime commis dans l'exercice de leurs fonctions. Le Sénat peut aussi être constitué en cour de justice par décret du Président de la République, rendu en conseil des ministres, pour juger toute personne prévenue d'attentats commis contre la sûreté de l'État (loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, art. 12) (1). Il ne suffisait pas de donner au

(1) Si l'instruction est commencée par la justice ordinaire, le décret de convocation du Sénat peut être rendu jusqu'à l'arrêt de renvoi.

Sénat le caractère d'une cour de justice constitutionnelle et de déterminer sa compétence ; il fallait aussi régler la procédure à suivre pour l'instruction et le jugement des procès qui lui sont déférés; c'est l'objet de la loi du 10 avril 1889.

Après avoir organisé l'État au moyen des lois constitutionnelles, il faut déterminer ses rapports avec les particuliers; c'est l'objet du droit administratif qui, à son tour, a aussi besoin de sanction. Aussi existe-t-il des tribunaux administratifs, les uns de droit commun pour juger en principe toutes les affaires de cette nature, les autres d'exception pour connaître seulement de certaines affaires. Des lois déterminent le plus souvent leur compétence respective, d'autres organisent leur procédure. Nous nous garderons d'aborder la question, encore aujourd'hui très controversée, de savoir quel est le juge de droit commun en matière administrative, et, quant à la procédure, nous nous bornerons à citer la loi du 22 juillet 1889 relative à la procédure des conseils de préfecture; elle forme, en effet, une sorte de code assez complet et, d'un autre côté, les conseils de préfecture, même en admettant qu'ils ne sont pas des juges de droit commun en matière administrative, sont cependant saisis d'une grande partie du contentieux de cette nature.

Enfin, à la troisième branche du droit public, au droit criminel qui détermine les délits et les peines, se rattachent aussi des tribunaux, les uns de droit commun (cours d'assises pour les crimes, tribunaux de police correctionnelle pour les délits correctionnels, tribunaux de simple police pour les contraventions); les autres d'exception comme, par exemple, les conseils de guerre et les conseils de revision. Il y a même, en matière répressive, des juridictions d'instruction (juges d'instruction et chambres des mises en accusation) distinctes des juridictions de jugement. La procédure de ces tribunaux de droit commun, d'instruction ou de jugement fait l'objet du Code d'instruction criminelle.

Si nous passons maintenant du droit public au droit privé, qui détermine les rapports juridiques entre particuliers, nous allons encore une fois constater le même fait. Les droits et devoirs des particuliers entre eux sont déterminés par le Code civil et par les lois qui s'y rattachent. D'autres lois, pour garantir l'observation de ces droits, ont organisé des tribunaux civils, déterminé leur compétence et réglé leur procédure.

Parmi les tribunaux civils, les uns sont de droit commun, les autres d'exception. Les premiers sont, en principe, compétents pour instruire et juger tous les procès entre particuliers; pour qu'ils aient cette compétence, il n'est pas nécessaire qu'une loi la leur accorde expressément, il suffit qu'aucune loi ne la leur refuse. Ces juges de droit commun sont au premier degré les tribunaux d'arrondissement et au second les cours d'appel. Les tribunaux d'arrondissement jugent les procès civils en premier et dernier ressort, c'est-à-dire sans appel, depuis la somme de 200 francs (somme à laquelle s'arrête la compétence des juges de paix en matière mobilière) jusqu'à 1 500 francs de principal inclusivement; en matière immobilière, tous les procès relatifs aux immeubles dont le revenu ne dépasse pas 60 francs par an, constaté par contrat de bail ou de rente perpétuelle. Au

delà de 1 500 francs de principal en matière mobilière ou de 60 francs de revenu en matière immobilière, le tribunal civil ne juge plus qu'à charge d'appel et cet appel est déféré à la Cour.

Les juridictions civiles d'exception ne sont chargées que de certaines affaires d'une nature spéciale; pour qu'elles aient compétence, il faut un texte qui la leur confère formellement. Ce sont les juges de paix, les conseils de prud'hommes, les tribunaux de commerce et la Cour de cassation.

Les juges de paix ont été établis pour juger autant en équité qu'en droit les petits procès civils. Ils sont, en effet, compétents sans appel jusqu'à 100 francs de principal inclusivement et, à charge d'appel au tribunal d'arrondissement, depuis 100 francs jusqu'à 200 francs. D'ailleurs, après avoir posé ce principe général, la loi du 25 mai 1838 sur la compétence des juges de paix y apporte un grand nombre d'exceptions extensives.

La loi a placé dans les cantons, à côté des juges de paix, mais seulement dans ceux où l'industrie a pris un véritable essor, des tribunaux spéciaux, connus sous le nom de conseils de prud'hommes, chargés de juger entre patrons et ouvriers les contestations que font naître entre eux les rapports de l'industrie; ils en connaissent sans appel jusqu'à la somme de 200 francs de capital et au delà de cette somme sans limite, à charge d'appel au tribunal de commerce.

De même que les juges de paix et les conseils de prud'hommes ont pour ressort le canton et que les prud'hommes existent seulement dans certains d'entre eux, de même les tribunaux de commerce, autres juges d'exception, sont établis au même degré dans la hiérarchie judiciaire que les tribunaux d'arrondissement. Ils ont l'arrondissement pour ressort, mais ils ne sont établis par le gouvernement que là où le commerce est plus particulièrement développé. Ailleurs, ce sont les tribunaux civils qui jugent à leur place. Ces tribunaux de commerce sont, comme leur nom même l'indique, compétents pour juger tous les procès qui naissent des actes de commerce, que ceux-ci aient été faits par des commerçants, ce qui est le cas le plus fréquent, ou qu'ils aient été faits par des non-commerçants. Ils sont compétents depuis la somme la plus minime jusqu'à 1 500 francs de principal inclusivement sans appel, et à charge d'appel à la Cour au delà de cette somme (loi du 3 mars 1840).

Enfin la Cour de cassation est une juridiction toute spéciale, unique en France, placée au-dessus de toutes les autres et chargée de veiller à l'exacte et uniforme application de la loi; elle ne juge pas les affaires, mais les jugements en dernier ressort, et précisément parce qu'ils échappent à la voie de l'appel; s'ils contiennent des violations de la loi, elle les casse, mais toutes les fois qu'elle use de ce droit, elle ne peut pas garder l'affaire pour la juger et doit au contraire la renvoyer à une juridiction identique à celle qui avait primitivement statué.

Nous avons ainsi rencontré, pour chaque branche du droit public ou privé, des lois d'organisation et de compétence qui créent des tribunaux et déterminent les affaires qu'on doit leur déférer. On a même pu constater que, si on met à part le droit constitutionnel, on trouve dans les autres branches des juridictions de droit commun et des juridictions d'exception, notamment

en matière administrative. Il en était tout autrement dans notre ancienne France où il n'existait qu'une seule sorte de juridiction de droit commun représentée par les parlements, les présidiaux, les sénéchaussées et les bailliages; tous les autres tribunaux étaient d'une nature exceptionnelle et ne pouvaient dès lors être compétents qu'en vertu d'une loi formelle. Il y avait, sans doute, des tribunaux administratifs, et même en très grand nombre, mais il n'existait pas de justice administrative de droit commun. Celle-ci est une création de la Révolution et de l'Empire. On a dit qu'elle était une conséquence nécessaire du principe de la séparation des pouvoirs, alors qu'elle en est au contraire, à notre avis du moins, la violation. Elle présente ce grave danger de permettre parfois, au gouvernement et à l'État, certains actes arbitraires par cela même qu'ils échappent à la juridiction des tribunaux civils et qu'ils sont déférés à des magistrats spéciaux pénétrés d'un esprit particulier et dirigés par les tendances qui ont pour objet de placer les droits de l'État au-dessus de ceux des particuliers. En créant la justice administrative, on a, par cela même, rompu l'unité de la justice au moment où on proclamait qu'elle doit être la même et égale pour tous (1).

## § 2. — Caractères de la procédure civile et de ses lois.

Il ne suffit pas d'organiser les tribunaux civils et de déterminer leur compétence respective : il faut encore leur tracer les règles suivant lesquelles ils doivent instruire et juger les procès. C'est l'objet des lois de la procédure civile. Ces lois sont réunies en un code qui a été trop hâtivement préparé et voté en 1806. Les rédacteurs de ce code se sont souvent bornés à copier la célèbre ordonnance de Louis XIV connue sous le nom de Code Louis ou même parfois aussi sous celui de Code civil et qui forme, à vrai dire, notre premier Code de procédure. Les rédacteurs de la loi actuelle auraient dû et pu se montrer plus hardis. Aussi, quelques années après la mise en vigueur du code de 1806, déjà sous la Restauration et ensuite sous la monarchie de Juillet, on demanda des réformes, surtout à l'occasion de la saisie immobilière. Ces réformes partielles ont fini par aboutir et sous le second Empire on a même revisé la procédure d'ordre (loi du 21 mai 1858). Toutefois, ces améliorations sont demeurées incomplètes. Sous le second Empire une première commission et sous la troisième République une seconde commission ont, l'une et l'autre pendant de longues années, travaillé à la refonte complète du Code de procédure et leurs travaux ont abouti à des projets très sérieux. Celui de la seconde commission est, depuis plusieurs années déjà, déposé sur le bureau de la Chambre des députés; mais il paraît être aujourd'hui complètement oublié, probablement parce que les lois de cette nature semblent n'offrir aucun intérêt au point de vue politique. La bonne administration de la justice devrait cependant être, aujourd'hui comme autrefois, un des principaux soucis de l'État.

Le Code de procédure civile s'applique, en principe, devant les tribunaux

(1) Ce n'est pas ici le lieu de développer ce grave problème qui a soulevé tant de discussions.

d'arrondissement, en justice de paix, devant les cours d'appel, devant les tribunaux de commerce. Toutefois, pour les conseils de prud'hommes, qui n'existaient pas encore à l'époque de sa mise en vigueur, il y a des lois spéciales. Quant à la Cour de cassation, elle est restée soumise à l'ordonnance du 28 juin 1738 qui avait organisé la procédure du conseil des parties. Sur certains points, cependant, cette procédure a été complétée ou modifiée par des lois postérieures.

En principe, la procédure civile actuelle est orale et publique. D'ailleurs, la publicité existait déjà dans notre ancien droit en matière civile; elle n'était exclue que pour les affaires criminelles. Mais on faisait autrefois de nombreuses écritures qui ruinaient les plaideurs. Ces écritures ont été supprimées ou sont devenues facultatives et les juges ont surtout connaissance de l'affaire par les plaidoiries. Cependant, certains moyens de preuve sont administrés à huis clos devant un juge commissaire. On a aussi conservé une procédure écrite pour les affaires civiles compliquées qu'on appelle l'instruction par écrit, mais à laquelle on ne recourt cependant que très rarement en pratique. A la Cour de cassation seule, les plaidoiries jouent un rôle prépondérant, à cause de la mission spéciale de cette cour suprême devant laquelle on ne discute que des questions de droit.

Une autre particularité plus remarquable de notre procédure civile tient au rôle qu'y joue le juge. Ce rôle est à vrai dire, en général, purement passif : le juge assiste à la procédure, mais ne la dirige pas. Dans d'autres pays, au contraire, il joue un rôle très actif, ordonnant d'appeler telle personne en cause, prescrivant à telle autre de se retirer. Ce pouvoir ne lui appartient pas en France. Ce sont les parties ou plus exactement leurs avoués qui font et dirigent la procédure à leurs risques et périls. Par exception, cependant, le juge peut ordonner d'office certaines mesures d'instruction et il doit même prendre l'initiative toutes les fois qu'il s'agit de faire respecter une loi d'ordre public.

La procédure est la même pour tous; c'est une conséquence de l'égalité des Français devant la loi. Les étrangers jouissent même du bénéfice de cette égalité, lorsqu'ils plaident devant nos tribunaux, sauf quelques rares exceptions, telles que l'obligation, s'ils sont demandeurs, de fournir caution, de payer les frais et les dommages-intérêts résultant du litige dans le cas où ils succomberaient. Certains plaideurs jouissent sans doute de quelques avantages particuliers qui n'impliquent à leur profit aucun privilège et qui sont établis par des raisons différentes. C'est ainsi que quand un client réclame en justice des pièces à son avoué, il n'est pas obligé de constituer un nouvel avoué contre son ancien. Il y a aussi des administrations qui sont soumises, pour des raisons diverses, à des procédures spéciales (1).

Les privilèges de juridiction ont aussi complètement disparu (loi des 16-24 août 1790, tit. II, art. 17). Quand un plaideur veut prendre son juge à partie, il ne peut, il est vrai, l'attaquer que devant la Cour de cassation ou devant une cour d'appel, suivant les distinctions établies par la loi; mais

(1) Telles sont l'administration de l'enregistrement, celle des douanes, celle des contributions indirectes et aussi, mais seulement pour la purge des hypothèques légales et les voies d'exécution, la société du Crédit foncier de France.

cette disposition a moins pour objet de créer une juridiction privilégiée au profit du magistrat attaqué, que de donner au plaideur des juges indépendants vis-à-vis de celui qui est attaqué.

Le Code de procédure civile a une importance spéciale, non seulement parce qu'il contient, en principe, l'ensemble des règles communes à toutes les juridictions civiles et à tous les plaideurs, mais encore et aussi parce qu'il est le droit commun de toutes les procédures des différentes juridictions, même administratives ou criminelles. En d'autres termes, lorsqu'une procédure propre à certaines juridictions présente des lacunes, on les comble en recourant au Code de procédure civile. Ainsi, on applique les dispositions de ce code sur la récusation dans les justices administratives et notamment au tribunal des conflits. Le partage se vide aussi dans ce tribunal conformément au Code de procédure.

Ces lois de procédure civile se ramènent à trois objets principaux : elles exposent les règles suivant lesquelles les procès doivent être instruits ; elles font connaître aux juges en quelle forme ils doivent rendre leurs jugements; enfin elles assurent l'exécution de ces décisions de justice. Aussi, les lois de procédure sont-elles avant tout des lois de forme. Il leur arrive même de préférer la forme au fond, mais il ne peut pas en être autrement : pour que ces lois soient observées, et il y va de l'intérêt de la justice, il faut qu'elles soient munies de sanctions, et il peut arriver que ces sanctions aient pour résultat d'atteindre et d'éteindre le droit lui-même. Si l'on abandonnait les procès à la volonté des plaideurs, on substituerait l'arbitraire le plus complet à la vraie justice. Tout ce que l'on peut faire, c'est de permettre aux plaideurs de préférer l'arbitrage et de le substituer aux juridictions et aux formes ordinaires.

Mais s'ils ne se mettent pas d'accord sur ce point par un compromis, les tribunaux et leur procédure s'imposent aux plaideurs dans leur intérêt particulier comme dans l'intérêt général d'une bonne administration de la justice.

Les lois de procédure sont aussi restées presque toujours formalistes, en ce sens que l'existence même de l'acte dépend de leur exacte observation. La loi civile théorique pose en principe une règle contraire, notamment en matière de contrat : le seul échange des consentements suffit en général pour leur validité, et les contrats solennels, c'est-à-dire soumis quant à leur existence même à certaines formes, sont de rares exceptions. En procédure, il en est tout autrement : si la forme prescrite par la loi n'a pas été observée, rien n'est fait. La loi veut par exemple que l'ajournement du demandeur résulte d'un exploit d'huissier : si cet exploit n'était pas rédigé par écrit, rien ne serait fait, lors même qu'il y aurait eu une signification verbale ; un jugement, même prononcé à l'audience, n'a aucune existence légale s'il n'est pas constaté régulièrement par écrit ; un jugement d'adjudication, qui n'existerait pas dans la forme écrite, ne transférerait pas la propriété ; une surenchère purement verbale serait tenue pour non avenue. On pourrait multiplier les exemples pour prouver que la forme est ici imposée, bien plus encore pour l'existence de l'acte que pour sa preuve.

Les lois de procédure étant de pure forme, on leur applique, en droit inter-

national privé, la règle : *Locus regit actum* (1). Il en résulte que tous les procès engagés devant la justice française sont soumis aux mêmes formes, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de la nationalité des parties; peu importe qu'ils s'élèvent entre Français ou entre étrangers, ou encore entre Français et étrangers. De même, il arrive parfois qu'un tribunal français reçoit d'un tribunal étranger une commission rogatoire, c'est-à-dire mandat de procéder à une mesure d'instruction relative à une affaire engagée à l'étranger, par exemple mandat d'ouvrir une enquête pour entendre des témoins, de faire procéder à une expertise, de procéder à un interrogatoire, etc. De leur côté, les tribunaux français chargent aussi parfois certains tribunaux étrangers de pareilles missions. Mais il est admis sans difficulté, d'une part, que lorsqu'un tribunal d'un État reçoit une pareille mission, il n'est pas tenu d'y obtempérer, à moins qu'il n'y soit contraint par un traité diplomatique, et, d'autre part, qu'il procède à la mesure d'instruction dans les formes de sa loi nationale. La première règle est une conséquence du principe de la souveraineté et de l'indépendance des États ; la seconde est une application de la maxime : *Locus regit actum*.

La question de savoir si les lois relatives à la justice rentrent dans le droit public ou dans le droit privé est beaucoup plus complexe. Il faut, pour la résoudre, distinguer entre les lois d'organisation judiciaire, les lois de compétence et les lois de procédure. Les premières, celles qui créent et organisent les tribunaux civils, rentrent manifestement dans le droit public. Pour les lois de compétence, la solution est moins simple. Il y a deux sortes de lois de compétence, celles qui concernent la compétence absolue ou *ratione materiæ* et les lois de compétence relative ou *ratione personæ*. Les premières ont pour objet d'établir les divers ordres de juridiction, de fixer les degrés de chacune d'elles et de déterminer leur nature ; elles se rattachent directement aux lois d'organisation judiciaire et rentrent par cela même dans le droit public. Bien différentes sont les lois de la compétence relative : elles font connaître pour chaque affaire quel est plus spécialement, parmi les tribunaux d'un certain ordre, d'un certain degré et d'une certaine nature, celui qui doit juger l'affaire. Ainsi, étant établi que le litige est de la compétence des tribunaux d'arrondissement, il s'agit de déterminer quel est, parmi les tribunaux de cette espèce, celui auquel la demande doit être portée. C'est l'objet des lois de la compétence relative et en général ces lois, sauf de nombreuses exceptions, préfèrent le tribunal du domicile du défendeur à tout autre. Mais cette règle, comme on le voit, n'est établie qu'en faveur du défendeur. Il s'agit donc bien ici de lois de droit privé et il faut en dire autant de l'ensemble des lois de la procédure.

On ne doit pas confondre avec cette question celle de savoir si les lois de justice sont d'ordre public ou d'intérêt privé. Il est manifeste que les lois d'organisation judiciaire et de compétence absolue sont d'ordre public. Les lois de compétence relative sont non moins certainement d'intérêt privé ; elles sont faites, comme nous l'avons dit, en général dans l'intérêt du dé-

(1) Sur la procédure dans ses rapports avec le droit international privé, voy. Weiss, *Précis de droit international privé*, p. 944.

mandeur. Quant aux lois de procédure, des distinctions s'imposent. Celles qui déterminent les différentes espèces de procédure sont d'ordre public ; il faut en dire autant des lois fondamentales relatives à l'exécution forcée, car elles concernent le régime des biens ou ont pour objet de protéger le créancier contre le débiteur ou le débiteur contre le créancier (1).

Il est très important de savoir si une loi de procédure est d'ordre public ou d'intérêt privé, surtout dans le cas où elle n'a pas été observée. La nullité résultant de la violation d'une loi d'ordre public peut être proposée en tout état de cause, même pour la première fois devant la Cour de cassation, soit par les parties au procès, même par celle qui est la cause de la nullité, soit par le ministère public, et, si tous ont gardé le silence, le tribunal a le devoir de la soulever d'office. Bien différents sont les caractères d'une nullité résultant de la violation d'une loi de procédure de pur intérêt privé : cette nullité ne peut être invoquée que par la partie dans l'intérêt de laquelle elle a été introduite, de telle sorte que si cette partie garde le silence, la nullité est couverte ; en général, elle doit être proposée avant une certaine époque de la procédure, sous peine de déchéance.

La question de savoir si les lois de justice sont rétroactives ou non rétroactives n'est pas moins compliquée. Pour la comprendre, il faut se rappeler la théorie générale du Code civil (art. 2) (2). La théorie du conflit des lois nouvelles avec les lois anciennes se ramène à deux principes : l'un écrit, l'autre sous-entendu dans le Code civil. Aux termes de l'art. 2, « la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ». Pour qui est faite cette prescription et sur quel motif repose-t-elle ? Le législateur s'adresse ici au juge et lui défend d'appliquer une loi nouvelle à des faits antérieurs à sa mise en vigueur, mais il est bien évident qu'il n'entend pas s'adresser à lui-même une prohibition qui serait une atteinte à sa souveraineté. Quant à la défense faite au juge, elle a pour objet d'empêcher qu'une loi nouvelle ne porte atteinte à des droits antérieurement acquis.

La véritable formule de notre première règle est donc la suivante : le juge ne doit pas donner d'effet rétroactif à une loi nouvelle lorsque cette application de la loi nouvelle serait de nature à porter atteinte à des droits antérieurement acquis. Cette formule n'a pas seulement l'avantage d'être plus claire que celle de l'article 2, elle permet aussi d'apercevoir la seconde règle et d'en donner la formule : du moment que la loi nouvelle ne porte pas atteinte à un droit acquis, elle doit s'appliquer même aux faits antérieurs à sa mise en vigueur. Cette seconde règle n'est qu'une conséquence du principe supérieur de la souveraineté de la loi. Ce principe doit toujours s'appliquer, à moins qu'il ne lèse un droit.

Toute la question de savoir si les lois de justice sont rétroactives ou non se ramène donc à se demander si elles portent ou non atteinte à des droits acquis. Les lois d'organisation judiciaire ont pour objet la constitution ou la réforme des juridictions. Lorsque le législateur se décide à voter une loi de cette nature, c'est qu'il estime que le système antérieur ne donne plus les

(1) On verra dans les ouvrages consacrés au Code civil que les dispositions essentielles de ce code sur le régime des biens sont d'ordre public.

(2) Voy. à cet égard ma note au D. P. 1887, 2, 97.

garanties nécessaires à l'administration d'une bonne justice. Ces lois ne peuvent donc pas porter atteinte à des droits acquis, puisqu'au contraire elles améliorent la condition des plaideurs. Un citoyen ne saurait prétendre sérieusement qu'il a le droit d'être jugé par des tribunaux anciens qui sont supprimés et donnent moins de garantie que les nouveaux. Les lois d'organisation judiciaire et de compétence s'appliquent donc immédiatement même aux actes et aux faits antérieurs à leur promulgation et il est inutile d'ajouter que la solution contraire aurait pour conséquence le maintien, dans un état provisoire et indéfini, des anciennes juridictions à côté des nouvelles. Aussi, la jurisprudence s'est-elle toujours prononcée pour la rétroactivité des lois d'organisation judiciaire et de compétence (1). Le législateur s'est quelquefois expliqué sur ce point et il a toujours appliqué la règle de la rétroactivité (arrêté des consuls du 5 fructidor an IX ; décret du 25 février 1852, art. 2).

Lorsqu'une loi de justice supprime une juridiction, celle-ci doit cesser toute fonction par le fait même de la mise en vigueur de la loi nouvelle : elle n'a plus le droit de connaître même des affaires qui sont actuellement pendantes devant elle. Ce résultat peut être parfois désastreux ; mais il dépend du législateur de l'éviter en l'écartant par une disposition transitoire insérée dans la loi nouvelle. C'est ainsi que la loi du 17 juillet 1856, tout en supprimant pour l'avenir la juridiction des arbitres forcés dans les contestations entre associés d'une société commerciale, l'a cependant maintenue par son article 3 pour l'instruction et le jugement des affaires qui étaient déjà liées au moment de la mise en vigueur de la loi nouvelle.

Bien différente est la situation lorsqu'une loi nouvelle modifie la circonscription d'un tribunal et par exemple la restreint en créant un second tribunal de commerce dans un arrondissement. Sans doute, à l'avenir, toutes les affaires nées dans le ressort du nouveau tribunal de commerce devront lui être déférées, mais celles qui au moment de sa création étaient déjà pendantes devant le premier tribunal doivent y rester. Il y a en effet droit acquis pour les parties à être jugées par ce tribunal et ce droit est né du fait de l'assignation. Or, toutes les fois que les lois de la compétence sont de nature à porter atteinte à un droit acquis, elles doivent, conformément à l'article 2 du Code civil, n'être pas rétroactives, alors surtout qu'il s'agit seulement d'incompétence relative et par conséquent de lois qui ne touchent pas à l'ordre public (2).

Les lois de procédure sont, quant à la rétroactivité, tout naturellement soumises au même système général que celles d'organisation judiciaire et de compétence. En principe, ces lois ne portent pas atteinte à des droits acquis ; elles ont pour objet, en établissant de nouvelles procédures, d'améliorer la justice et par exemple de rendre plus facile la découverte de la vérité. Lorsque le législateur croit nécessaire de promulguer une nouvelle loi de procédure, il reconnaît par cela même que l'ancienne est défectueuse et un

(1) Voy. Cass., 27 janvier 1855, S. 55, 1, 465; Cass., 12 septembre et 27 décembre 1856, S. 57, 1, 76 ; Cass., 23 mars 1868, S. 68, 1, 228 ; Lyon, 27 décembre 1881, S. 82, 2, 87 ; trib. de la Seine, 17 août 1881, S. 82, 2, 92; Aix, 18 février 1887, D. P. 87, 2, 97, et ma note.

(2) Aix, 18 février 1887, D. P. 87, 2, 97, et ma note.

plaideur émettrait manifestement une proposition déraisonnable, s'il prétendait qu'il a droit acquis d'être jugé d'après une procédure reconnue mauvaise. Les lois de procédure sont donc en général rétroactives ; on les applique immédiatement, non seulement aux procès qui viennent à naître après leur mise en vigueur, mais même aux contestations déjà engagées devant les tribunaux à ce moment. Aussi, une demande en péremption d'instance doit être jugée d'après la loi en vigueur à l'époque où elle a été formée, bien que l'instance ait été commencée sous l'empire d'une législation antérieure (1). De même la loi du 5 mars 1895, qui impose à l'étranger demandeur la caution *judicatum solvi* en matière commerciale, s'est appliquée aux litiges qui étaient déjà engagés au moment de sa mise en vigueur (2).

Ce principe de la rétroactivité peut ainsi obliger les plaideurs ou le juge, au cours d'un procès commencé sous l'empire de la procédure ancienne, à lui substituer la procédure de la loi nouvelle. On a essayé de résister à cette solution et de prétendre que le procès commencé sous l'empire d'une procédure doit se terminer avec cette procédure, bien qu'une loi nouvelle soit intervenue pour la modifier ou la supprimer. Mais cette solution s'inspire plutôt de raisons d'utilité pratique que de l'application rigoureuse du principe de la rétroactivité des lois de procédure qu'on ne peut pas logiquement écarter du moment qu'aucun droit acquis n'est menacé (3). Parfois le législateur comprend lui-même les inconvénients que peut présenter au cours d'un procès la substitution d'une procédure à une autre et il se décide à déroger, dans une certaine mesure, au principe de la rétroactivité pour les procès entamés au moment de la mise en vigueur de la loi nouvelle, en déclarant que ces procès continueront à être instruits suivant les formes précédentes. C'est ce qu'a fait l'article 1041 du Code de procédure : il a décidé que le nouveau code s'appliquerait aux procès intentés à partir du 1er janvier 1807. Pour les instances commencées avant cette date, on a donc continué à observer l'ordonnance de 1667. On a pensé avec raison que la substitution de la procédure du code à celle de l'ordonnance serait de nature à causer des troubles. De même, la loi du 21 mai 1858 (art. 4), relative aux ordres, a décidé que ceux qui étaient déjà ouverts avant sa promulgation continueraient à être régis par la loi antérieure. Mais la nécessité de cette disposition prouve bien que dans le silence de la loi on devrait adopter la solution contraire, c'est-à-dire appliquer la rétroactivité et la procédure nouvelle, même aux instances en cours d'instruction.

Il peut arriver que, par exception, une loi de procédure nouvelle porte atteinte à un droit antérieurement acquis et alors cette loi doit être non rétroactive. Telles sont les lois qui établissent des nullités ou des déchéances ; celles-ci ne pourront frapper que pour l'avenir et les actes antérieurement faits resteront valables, quoiqu'irréguliers ou tardifs d'après la loi nouvelle,

(1) Chambéry, 17 juillet 1894, D. P. 96, 1, 37. Voy. cependant Nancy, 23 juillet 1898, D. P. 99, 2, 109.

(2) Tribunal de commerce de la Seine, 1er juin 1895, D. P. 96, 2, 246, et 15 juin 1898, *France judiciaire*, année 1898, p. 530.

(3) Cass., 25 novembre 1895, D. P. 96, 1, 37. Voy. cependant Nancy, 23 juillet 1898, D. P. 99, 2, 109.

parce qu'ils étaient réguliers auparavant et qu'on porterait atteinte à des droits acquis en les faisant tomber. De même, si une nouvelle loi de procédure supprime le droit d'appel qui existait auparavant, ce droit doit être conservé aux parties qui ont obtenu jugement avant la loi nouvelle, mais non à celles qui étaient seulement en cours d'instance à ce moment.

Lorsqu'une loi modifie, en l'abrégeant, un délai dans lequel un droit doit être exercé, faut-il appliquer ce nouveau délai même lorsque l'ancien avait déjà commencé à courir auparavant? La question s'est présentée à l'occasion de la loi du 3 mai 1862 qui a réduit le délai d'appel de trois mois à deux mois. Supposons qu'au moment de la mise en vigueur de cette loi nouvelle la moitié du délai de trois mois était expirée, pendant combien de temps le perdant pourra-t-il interjeter appel à partir du 3 mai 1862? On a prétendu, en invoquant le principe de la rétroactivité des lois de procédure, qu'il faut appliquer immédiatement la loi nouvelle; le perdant n'aurait donc plus, dans notre hypothèse, qu'un demi-mois pour appeler. Mais ne voit-on pas que ce système conduit à dire que le droit d'appel est même perdu s'il s'est déjà écoulé plus de deux mois au moment de la mise en vigueur de la loi nouvelle, bien que la loi ancienne, à ce moment, donne encore un mois au perdant pour attaquer le jugement? Aussi, pour écarter cette solution fâcheuse, on a proposé de décider qu'il faut appliquer la loi ancienne pour la partie du délai déjà écoulée et la loi nouvelle pour la partie du délai qui reste à courir. Dans notre exemple, la moitié du délai de la loi ancienne étant écoulée au moment de la mise en vigueur de la loi du 3 mai 1862, le perdant aura pour interjeter appel, à partir de la loi nouvelle, la moitié du délai de cette loi, c'est-à-dire, dans notre exemple, un mois. On arrive donc à reconnaître que le perdant a, dans ces circonstances, deux mois et demi pour interjeter appel, c'est-à-dire un délai qui n'est ni celui de la loi ancienne, ni celui de loi nouvelle; aussi est-il permis de dire que cette solution est arbitraire et a le tort de faire la loi au lieu de l'appliquer. Il est plus juste de reconnaître que, dans le cas où la loi nouvelle restreint le délai d'appel comme dans celui où elle le supprime, elle porte atteinte à un droit acquis à ceux qui ont été jugés. Auparavant, ils avaient, par exemple, le droit d'appeler pendant trois mois à partir de la signification du jugement. Il faut respecter ce droit, même si le jugement n'a pas encore été signifié au moment de la mise en vigueur de la loi nouvelle, pourvu que le jugement ait été rendu auparavant, autrement on porte atteinte à un droit acquis et on peut même arriver dans certains cas, non plus à réduire le droit d'appel dans sa durée, mais même à supprimer complètement ce droit. C'est donc bien la loi ancienne qu'il faut continuer à appliquer en vertu du principe que les lois nouvelles ne sauraient nuire à des droits acquis.

On voit combien sont nombreuses et délicates ces questions de rétroactivité ou de non-rétroactivité des lois d'organisation judiciaire, de compétence ou de procédure. En outre, il peut arriver que dans certaines circonstances l'application exacte du principe de la rétroactivité, sans atteindre aucun droit acquis, soit cependant de nature à nuire aux intéressés plutôt qu'à leur profiter pendant une certaine période de transition. Aussi ne saurait-on trop recommander au législateur de s'expliquer sur ces questions transitoires

toutes les fois qu'il met en vigueur une loi nouvelle de cette nature. Il n'a pas pris cette précaution à l'occasion de la loi du 12 janvier 1895 sur la saisie-arrêt des traitements des fonctionnaires ou employés inférieurs à 2000 francs et sur les salaires des ouvriers, et de ce silence sont nées de graves difficultés dans la pratique. Cette loi se ramène à trois sortes de dispositions : elle retire la compétence aux tribunaux d'arrondissement et la donne aux juges de paix pour les saisies-arrêts pratiquées sur ces traitements et salaires ; elle établit une procédure spéciale pour ces mêmes saisies-arrêts ; elle déclare que les créanciers ne pourront saisir que le dixième de ces traitements ou salaires. Sur les deux premiers points, il s'agit d'une loi de compétence et de procédure qui, à ce titre, doit être rétroactive ; elle s'est donc appliquée, non seulement aux saisies-arrêts postérieures à sa mise en vigueur, mais aussi à celles antérieurement pratiquées et encore pendantes lors de sa promulgation (1). Sur le troisième point la loi n'est pas rétroactive, en ce sens que les créanciers qui avaient déjà fait saisie-arrêt au moment de la mise en vigueur de la loi nouvelle, doivent conserver leur gage sur la totalité du traitement ou salaire ; si on leur appliquait les restrictions de la loi nouvelle, on porterait atteinte au droit acquis résultant de la saisie antérieure (2). On a soutenu le contraire et prétendu que, même à ce point de vue, la loi nouvelle devait être rétroactive en se fondant sur ce qu'il s'agit d'une loi d'ordre public (3). Mais ce motif est sans valeur, car, au point de vue de la non-rétroactivité, on ne distingue jamais entre les lois d'ordre public et les autres ; on décide au contraire, d'une manière générale, qu'une loi quelconque ne saurait être rétroactive du moment qu'elle est de nature à atteindre un droit acquis.

### § 3. — Des nullités et déchéances (art. 1029 à 1032 C. pr.).

Les nécessités des formes judiciaires étant reconnues, le devoir du législateur ne se borne pas à les fixer ; il faut aussi qu'il assure leur observation en leur donnant une sanction. Cette sanction consiste le plus souvent dans la nullité de l'acte qui a été fait sans l'observation des dispositions de forme établies par la loi. Sans doute, il en résultera que parfois le droit le mieux fondé pourra se trouver compromis ou même perdu par une faute de procédure. Mais le respect de la loi est à ce prix ; ainsi, l'exploit d'ajournement entaché de nullité n'aura pas interrompu la prescription qui peut se trouver maintenant accomplie et, dans ce cas, la forme l'emporte sur le fond ; mais il ne faut pas oublier qu'un procès est un véritable duel, dans lequel chacune des parties est en droit de profiter des fautes de son adversaire. Il ne faut pas oublier non plus que pour empêcher les plaideurs d'être victimes de

(1) Trib. civ. d'Auxerre, 12 juin 1895, D. P. 96, 2, 185 ; trib. civ. de Lyon, 20 décembre 1895, D. P. 96, 2, 289. Le tribunal civil de Perpignan a jugé en sens contraire que les tribunaux d'arrondissement sont restés compétents pour terminer les saisies-arrêts qui avaient été commencées devant eux avant la loi du 12 janvier 1895, Perpignan, 20 février 1895, D. P. 96, 2, 185.

(2) Perpignan, 20 février 1895, D. P. 96, 2, 185 et ma note.

(3) Trib. de Lyon, 20 décembre 1895, D. P. 96, 2, 289.

leur inexpérience, on leur a imposé le ministère des huissiers et celui des avoués. Lorsque la nullité provient de la faute de l'huissier ou de l'avoué, le client a un recours contre lui. Il est vrai que l'argent peut être insuffisant pour réparer la perte de certains procès. Tout ce qu'on peut en conclure, c'est qu'il est particulièrement important d'organiser avec soin le système des nullités dans toute loi de procédure.

Sous ce rapport les législations ont, aux différentes époques de l'histoire du droit, présenté de nombreuses variétés. Le premier système de procédure des Romains, celui des *legis actiones*, soumettait la procédure à des formules sacramentelles si étroites, même pour les moindres détails, qu'on encourait la perte du procès si l'on s'écartait d'un seul mot. Ce système paraît utile au premier abord pour fournir un guide assuré aux plaideurs ; mais, outre qu'il rend parfois la justice ridicule, il a surtout le tort d'établir un remède souvent pire que le mal en appliquant avec exagération cette règle si fréquemment critiquée, qu'en procédure la forme l'emporte sur le fond (1).

Dans un autre système, on se borne à déclarer que les nullités pour vices de forme seront comminatoires, c'est-à-dire abandonnées à l'appréciation des tribunaux qui, suivant les circonstances, prononceront ou rejetteront les nullités. Bien que ce système soit au premier abord séduisant, il présente cependant de graves dangers. L'intérêt de la justice exige que le juge soit lié par la loi ; autrement le plaideur qui succombe par l'effet de l'admission ou du rejet d'un vice de forme, ne manque pas d'accuser le juge d'avoir favorisé son adversaire ; d'ailleurs, il est souvent difficile de reconnaître la véritable équité dans un droit presque exclusivement positif. Dans certains parlements, on fit l'expérience et l'application de ce système, même depuis l'ordonnance de 1667, qui le prohibait cependant, mais il en résultait des protestations qu'on résumait en disant : « Dieu nous préserve de l'équité du parlement. » Aussi le Code de procédure a définitivement condamné ce système déjà écarté par l'ordonnance de 1667. L'article 1029 porte : « Aucune des nullités, amendes et déchéances prononcées dans le présent Code n'est comminatoire. » Ce principe comporte cependant quelques exceptions, mais encore faut-il qu'elles soient consacrées par des textes formels (voy. art. 263 C. pr.).

Cet article écarte aussi un troisième système qu'on appliquait avant l'ordonnance de 1667 dans certaines cours de justice et qui se formulait ainsi : « Nullité sans grief n'opère rien. » On entendait dire par là que le juge ne doit prononcer la nullité d'un acte de procédure pour vice de forme qu'autant que ce vice a occasionné un préjudice à celui qui a demandé la nullité. Le parlement de Toulouse essaya d'appliquer encore ce système, même depuis l'ordonnance de 1667, mais on n'eut pas de peine à lui prouver qu'il était en contradiction avec l'ordonnance, comme il le serait encore aujourd'hui avec l'article 1029. Il laisse, lui aussi, un certain pouvoir d'appréciation au juge et par cela même mérite les reproches adressés au précédent système. En outre, il est de nature à multiplier les incidents contentieux, car sous l'empire de ce régime et à l'occasion d'un vice de forme quelconque,

(1) Gaius, IV, §§ 11 et 30.

l'un des plaideurs ne manque pas de soutenir que cette irrégularité lui a nui, tandis que l'autre prétend toujours qu'elle est restée indifférente. Cependant en pratique, à Paris, les avoués appliquent spontanément entre eux la règle : « Nullité sans grief n'opère rien », en ce sens qu'un avoué ne demande la nullité d'un acte de procédure fait par son confrère qu'autant que cette nullité nuit ou profite à son client. On considérerait une demande de nullité faite sans intérêt comme un procédé contraire à la véritable confraternité. Mais un usage de cette nature, quelque respectable qu'il soit, ne saurait abréger un texte précis comme l'est celui de l'article 1030 du Code de procédure.

C'est en effet dans cet article que se trouve la réponse à la question de savoir dans quels cas un acte de procédure est nul pour vice de forme. Quelque précis qu'il soit, il conduirait cependant aux erreurs les plus graves si l'on ne s'attachait qu'à son texte et si on appliquait ce texte dans sa généralité apparente. L'article 1030 ne pose qu'une règle : « Aucun exploit ou acte de procédure ne pourra être déclaré nul si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi. » Il semble donc que tout le problème se ramène à rechercher si la loi parle de nullité ou non ; dans le premier cas, cette nullité est nécessairement encourue, même si l'irrégularité concerne une formalité sans importance ; dans le second cas, l'acte est valable quoique l'irrégularité porte sur la partie la plus importante de l'acte de procédure. Mais on ne tarde pas, en adoptant une pareille interprétation, à se heurter aux difficultés les plus graves. Prenons comme exemple le premier article du Code de procédure ; il a pour objet de faire connaître les mentions que doit contenir la citation en justice de paix et, après les avoir énumérées, il n'ajoute pourtant pas : à peine de nullité. En concluera-t-on que l'huissier peut rédiger un pareil acte comme il veut et par exemple sans indiquer les noms des parties ni l'objet du procès, de sorte que celui qui recevrait la signification de cet acte ne saurait pas si elle le concerne, ni de qui elle vient? Rien n'est manifestement plus contraire à l'esprit de la loi.

C'est qu'en effet, dans l'intention du législateur, la théorie des nullités pour vice de forme dans les actes de procédure ne se résume pas en une seule règle, celle de l'article 1030 du Code de procédure ; elle en comprend au contraire deux. Seulement la loi passe l'autre règle sous silence, parce qu'elle lui a paru d'une évidence et d'une nécessité telles qu'elle a jugé inutile de s'en expliquer. La règle écrite dans l'article 1030 pouvait seule faire doute, aussi la loi a-t-elle estimé nécessaire de l'expliquer.

Il faut prendre comme point de départ de cette théorie des nullités pour vice de forme dans les actes de procédure, la distinction fondamentale entre les formalités essentielles (substantielles) et les formalités secondaires (accessoires). On entend par formalités essentielles ou substantielles celles qui donnent à l'acte sa nature et son caractère, de telle sorte que si une pareille formalité a été omise, cet acte ne peut pas avoir cette nature ni ce caractère. Ainsi un acte d'huissier ne peut être qualifié tel qu'autant qu'il a été signé par l'huissier ; c'est par cette signature que l'huissier se l'approprie et le fait sien. Si l'acte n'en est pas revêtu, il n'est pas acte d'huissier (1). On en

(1) Paris, 11 janvier 1895, D. P. 95, 2, 489, et ma note.

dira autant pour les actes d'avoué à avoué. Dans une assignation, les noms des deux parties sont également indispensables. L'assignation est en effet un acte par lequel une personne en appelle une autre en justice; elle ne saurait avoir ce caractère si on ne fait pas connaître le demandeur ou le défendeur. Dans tous les cas où une formalité substantielle a été omise ou mal remplie, l'acte ne peut donc pas prendre sa nature ordinaire, et, par cela même, sa nullité s'impose. En d'autres termes, et ce sera notre première règle, l'omission ou l'irrégularité d'une formalité substantielle entraîne nécessairement nullité de l'acte, même si celle-ci n'est pas écrite dans la loi.

Mais la situation est beaucoup moins nette lorsqu'il s'agit de l'omission ou de l'irrégularité d'une formalité secondaire, c'est-à-dire d'une formalité qui est sans doute d'une certaine utilité, mais qui cependant ne donne pas à l'acte son caractère. Dans quel cas y aurait-il alors nullité pour vice de forme? C'est sur ce point qu'il était nécessaire de se prononcer. De là l'article 1030 du Code de procédure, aux termes duquel il n'y aura nullité pour omission ou irrégularité qu'autant que cette nullité sera écrite dans la loi. Voilà le vrai sens de l'article 1030 qui, on le voit, est tout à fait étranger aux formalités substantielles. Il peut ainsi arriver que l'omission d'une formalité secondaire, suivant les cas, entraîne nullité ou ne produise pas cet effet, selon que cette nullité sera ou non consacrée par un texte. Ainsi, la loi veut que toute assignation signifiée à un fonctionnaire public soit revêtue sur l'original du visa de ce fonctionnaire, à peine de nullité (art. 69 et 70 C. pr.); toute signification autre qu'une assignation, doit aussi, d'une manière générale, être visée par le fonctionnaire sur l'original, mais la loi n'ajoute plus : à peine de nullité, et comme il s'agit là d'une formalité secondaire, il en résulte que l'omission du visa n'empêche pas l'acte et sa signification d'être parfaitement valables, du moment que cet acte est autre qu'une assignation en justice (art. 1037 C. pr.) (1).

Cette théorie de la nullité des actes de procédure pour vice de forme et plus spécialement la règle de l'article 1030 ne s'appliquent qu'aux actes de procédure, c'est-à-dire aux actes des avoués et huissiers ou autres officiers ministériels, qui concernent la justice gracieuse ou contentieuse. S'agit-il de formalités prescrites par le Code civil, par exemple pour les contrats solennels, donations, constitutions d'hypothèques, etc., il faut appliquer la théorie du droit civil, qui d'ailleurs ne diffère pas sensiblement de celle qu'on vient d'exposer.

La loi ne s'est pas expliquée d'une manière complète sur la nullité des jugements pour vice de forme (voy. article 7 de la loi du 20 avril 1810) et dans son silence on décide que l'omission ou l'erreur relative à une formalité substantielle est une cause de nullité, mais que cette nullité ne serait pas encourue s'il s'agissait d'une formalité secondaire.

Notre théorie et les dispositions de l'article 1030 sont également étrangères au cas où l'acte aurait été rédigé par un officier ministériel incompétent. On

(1) Cass., 11 mars 1879, S. 79, 1, 224. Ajoutons que l'erreur ou l'omission d'une indication essentielle ou même d'une indication secondaire, mais prescrite à peine de nullité, n'empêche pas l'acte d'être valable lorsque la partie à laquelle l'acte est signifié trouve dans les autres énonciations qu'il contient, le moyen de rectifier l'erreur ou de combler la lacune. Civ. cass., 15 mars 1882, S. 82, 1, 270.

admet sans difficulté, et malgré le silence de la loi, la nullité. Il faut en dire autant s'il y avait eu violation d'une loi quelconque d'ordre public.

Lorsqu'un acte de procédure est nul pour vice de forme, cette nullité n'est pourtant pas encourue de plein droit, à moins d'un texte contraire (voy. art. 162, 266, 686 C. pr.). Il faut que la nullité soit demandée par la partie adverse de celle qui a fait ou signifié l'acte, et nous verrons que cette demande prend la forme d'une exception, qui doit être opposée à un certain moment de la procédure (art. 173 C. pr.).

Parfois la loi, au lieu de prononcer la nullité d'un acte de procédure pour omission d'une formalité secondaire, nullité qui a le tort de rejaillir sur la partie elle-même, frappe seulement l'officier ministériel, auteur de l'acte, soit au moyen d'une amende, soit en le menaçant de peines disciplinaires.

En outre, la loi met dans tous les cas à la charge des officiers ministériels les frais de trois sortes d'actes : 1° actes nuls pour vice de forme, soit qu'il s'agisse d'une formalité substantielle quelconque, soit qu'il s'agisse d'une formalité secondaire prescrite à peine de nullité ; 2° actes frustratoires, c'est-à-dire réguliers en la forme, mais inutiles ou même interdits par la loi, comme par exemple les conclusions grossoyées dans les affaires sommaires ; 3° actes contenant une irrégularité frappée d'une amende, mais qui, malgré cette irrégularité, sont valables et produisent effet (art. 1030, 2e alinéa et 1031).

De plus, suivant la gravité des cas, l'officier ministériel peut être l'objet de poursuites disciplinaires (art. 1031 C. pr.).

Enfin, si la nullité a porté préjudice au client, celui-ci a le droit de demander des dommages-intérêts. Seulement, la question de savoir quelle est l'étendue du préjudice sera souvent fort difficile à trancher. Supposons un ajournement nul pour vice de forme et qui n'a pas interrompu la prescription, de sorte que celle-ci est maintenant accomplie. De ce que le demandeur se prétendait créancier d'une certaine somme, par exemple de 10000 francs, va-t-il en résulter qu'il obtiendra cette somme à titre de dommages-intérêts contre l'officier ministériel ? On ne peut pas l'affirmer. Qui sait en effet si sa demande n'aurait pas été écartée en totalité ou tout au moins pour partie ? La vérité est que les juges chargés de déterminer les dommages-intérêts dus par l'officier ministériel à son client devront rechercher si celui-ci aurait obtenu gain de cause et dans quelle mesure pour le cas où l'affaire aurait suivi son cours. De même un acte d'appel est-il nul par la faute de cet officier ministériel, pour déterminer les dommages-intérêts à mettre à la charge de l'huissier, il faudra rechercher dans quelle mesure l'appelant avait chance d'obtenir la réformation de la décision des premiers juges (1). Toutes ces questions sont très délicates. Il est bien entendu que les juges ont toujours un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou refuser au client des dommages-intérêts. Il est non moins certain que le client peut intenter son action sans qu'il soit obligé auparavant de consulter la chambre de discipline (2). Au contraire, les juges sont toujours obligés de mettre les frais à la charge de l'officier ministériel dans les trois cas indiqués plus haut. Il a été jugé plu-

(1) Bordeaux, 18 juin 1886, D. P. 88, 2, 189 ; Limoges, 10 février 1888, D. P. 89, 2, 531 ; Alger, 6 février 1894, D. P. 95, 2, 531.

(2) Rennes, 7 février 1870, D. P. 72, 2, 197.

sieurs fois, et avec raison, que cet officier ministériel doit supporter les frais des actes frustratoires, même si ces actes ont eu lieu à la demande de son client ; il a manqué à son devoir professionnel en acceptant ce mandat au lieu de le refuser (1).

Il ne faut pas confondre les déchéances avec les nullités ; celles-ci résultent d'un vice de forme, celles-là sont encourues pour inobservation d'un délai. Elles sont en général très rigoureuses et menacent même les incapables qui ordinairement échappent à la prescription, sauf leur recours contre ceux qui les représentent. En général, l'expiration du délai entraîne déchéance lorsque la loi prescrit d'exercer un droit, par exemple d'interjeter appel ou de prendre une autre voie de recours ou encore de produire ou de contredire dans les procédures d'ordre et dans les distributions pour contribution, mais la loi est moins rigoureuse et l'expiration d'un délai n'entraîne plus déchéance, à moins d'un texte contraire, s'il s'agit seulement de procéder à une mesure d'instruction. Lorsque c'est un jugement qui a fixé un délai, l'expiration de ce délai n'emporte déchéance qu'autant que celle-ci est écrite dans la loi (exemple art. 122 C. pr.) ou prononcée à l'avance par le jugement lui-même.

Toutes les fois qu'une signification est nécessaire pour faire courir un délai dans lequel doit être accompli un acte ou exercé un droit (et c'est le cas le plus fréquent) ce délai ne court que contre la partie qui a reçu la signification ; il ne court pas en même temps contre celui qui l'a faite, à moins d'une exception formelle (art. 257 et 762 C. pr.). C'est ce qu'on exprime en disant : « Nul ne se forclot soi-même. »

## § 4. — Des délais.

Les délais sont aussi importants, comme on le voit, en procédure, que les formes des actes. Aussi la loi a-t-elle eu soin de leur consacrer, dans l'article 1033 du Code de procédure, une théorie générale dont on ne s'écarte qu'en vertu de textes précis et en sens contraire.

Un délai est un certain temps accordé à une personne, le plus souvent pour accomplir un acte ou pour prendre un parti. En procédure, les délais sont très fréquents. N'en faut-il pas à chaque partie pour préparer ses prétentions, au juge pour procéder aux mesures d'instruction ? Le législateur doit s'attacher à établir des délais qui ne soient ni trop longs ni trop courts ; trop longs, ils feraient tort aux parties en retardant le jugement des affaires ; trop courts, ils obligeraient à hâter l'instruction aux dépens de la découverte de la vérité et risqueraient de n'être pas observés. Sous ce rapport, notre code comporterait une réforme sérieuse : il conviendrait surtout d'abréger un grand nombre de délais à raison de la facilité actuelle des communications.

Tout délai comprend ou un certain nombre de mois ou un certain nombre de jours ou un certain nombre d'heures. A un autre point de vue, on dit que les délais sont francs ou ne le sont pas ; mais il existe avant tout

(1) Bordeaux, 22 août 1871, S. 71, 2, 273 ; Cass., 20 décembre 1876, S. 77, 1, 249 ; C. pr. Rouen, 22 août 1878, S. 79, 2, 207.

quelques règles qui sont communes à tous les délais, francs ou non.

En premier lieu, on ne compte jamais le *dies a quo*, c'est-à-dire le jour où a lieu l'acte qui fait courir le délai ; c'est qu'en effet ce jour ne peut pas se composer d'un nombre d'heures égal à vingt-quatre, de sorte qu'il n'est jamais complet et c'est précisément pour ce motif qu'on n'en tient pas compte. Supposons, par exemple, qu'une signification par acte d'huissier destinée à faire courir un délai de huitaine a eu lieu à dix heures du matin. De cette heure à minuit il ne reste plus que quatorze heures ; aussi ne tient-on pas compte de ce *dies a quo*, que ce délai soit franc ou non, et c'est seulement le lendemain que le délai commencera à courir. On devrait décider par identité de motif, s'il s'agissait d'un délai d'heures, qu'on ne compte pas l'heure durant laquelle a eu lieu la signification qui doit faire courir ce délai.

En second lieu, toutes les fois qu'un délai, franc ou non, expire un jour férié, il est prorogé au lendemain. Cette règle fut introduite dans l'article 1033 du Code de procédure par la loi du 3 mai 1862. Mais comme les autres règles de l'article 1033 concernent seulement les délais francs, certains arrêts et des auteurs ont longtemps décidé que la disposition relative aux jours fériés était, elle aussi, propre aux délais francs (1). Le contraire avait cependant été déclaré dans la discussion de la loi ; pour mettre un terme à cette controverse, une nouvelle loi est intervenue qui a tranché la question dans le sens de l'application la plus large de cette disposition : c'est la loi du 13 avril 1895 qui prescrit l'insertion à la fin de l'article 1033 de la disposition suivante (2) : « Toutes les fois que le dernier jour d'un délai quelconque de procédure, franc ou non, est un jour férié, ce délai sera prorogé jusqu'au lendemain » (3). On remarquera que, si cette disposition concerne tous les délais de procédure, elle est au contraire étrangère à tous les autres délais ; elle est d'autant plus légitime que la loi défend, d'une manière générale, de faire des actes de procédure les jours de fête légale, à moins d'une permission spéciale du juge qui ne peut l'accorder qu'autant qu'il y a péril en la demeure. Les jours de fête légale sont les dimanches, l'Ascension, l'Assomption, la Toussaint et Noël (arrêté du 29 germinal an X), le 1er janvier (avis du Conseil d'État du 20 mars 1810), le jour de la fête nationale du 14 juillet (loi du 6 juillet 1880), les lundis de Pâques et de Pentecôte (loi du 8 mars 1886). Ajoutons que les actes de procédure sont également interdits pendant la nuit (article 1037 du Code de procédure) et que le juge ne peut pas lever cette prohibition, même s'il y a péril en la demeure.

Tous les délais de mois ou de jours se comptent de minuit à minuit. S'il s'agit d'un délai d'heure à heure, il commence à courir, on s'en souvient, à

(1) Voy., en sens contraire, crim., cass. 2 mai 1895, D. P. 1900, 1, 407.

(2) Lyon, 7 mai 1886, S. 86, 2, 232.

(3) Il faudrait proroger au surlendemain si le jour où expire le délai était lui-même suivi d'un autre jour férié, Cass., 15 janvier 1877, D. P. 78, 1, 74. Malgré les termes généraux, cet article ne vise exclusivement que les délais en matière civile et commerciale et n'est applicable ni en matière criminelle, ni en matière correctionnelle (Cass., 26 juillet 1895, S. 96, 1, 155 ; Lyon, 3 juillet 1895, D. P. 96, 2, 63), ni en matière d'enregistrement (Dijon, 28 mai 1897, S. 99, 2, 281), ni en matière administrative. Sur le dernier jour d'un délai, voy. trib. de Confolens, 19 mai 1899, D. P. 1900, 2, 340.

auteurs ont prétendu que dans ce cas, même une fraction de quatre myriamètres au plus ne donne pas lieu à une augmentation parce qu'elle existe seule, mais c'est là une distinctionmanifestement contraire à l'esprit de la loi.

Autrefois, l'augmentation à raison des distances était doublée lorsqu'il y avait lieu à envoi et retour, par exemple en cas de garantie (art. 175 C. pr.) ou de saisie-arrêt (art. 563 et 564 C. pr.). Mais cette disposition a été supprimée par la loi du 3 mai 1862, pour éviter les lenteurs.

Il existe un tableau des distances légales entre Paris et les chefs-lieux des départements (arrêté du 25 thermidor an XI; ordonnance du 7 juillet 1824; ord. du 1er novembre 1826; ord. du 12 juin 1834; décret du 4 août 1860). La distance se calcule entre le domicile réel de la partie et le lieu où l'acte doit être accompli et en prenant pour base la ligne la plus directe si la distance légale n'est pas fixée par ces lois et ordonnances (1); mais, en cas d'élection de domicile, c'est à celui-ci qu'on s'attache, car les choses doivent se passer comme si le domicile réel était au domicile élu (art. 111 C. civ.) (2).

Par cela même que l'on connaît les deux règles propres aux délais francs, on sait aussi quelles sont les deux règles contraires pour les délais non francs : on n'en exclut pas le *dies ad quem*; ils ne s'augmentent pas à raison des distances.

Mais alors à quoi faut-il s'attacher pour savoir si un délai est franc ou non?

L'article 1033 du Code de procédure nous l'apprend très nettement. Un délai est franc, toutes les fois qu'il a pour point de départ une signification faite à personne ou domicile; s'il a un autre point de départ, il n'est pas franc. Ainsi sont certainement francs les délais de la citation en conciliation (art. 51 C. pr.), des ajournements (art. 59, 72, 416, 456 C. pr.), pour appeler garant en cause (art. 175 C. pr.), pour obtenir reconnaissance d'un acte sous seing privé (art. 193 C. pr.), pour assigner les témoins et la partie adverse en matière d'enquête (art. 260, 261, 410 C. pr.), pour obliger l'avoué à rétablir les pièces communiquées (art. 190 C. pr.); nous verrons aussi un grand nombre de délais de cette même nature à propos des voies d'exécution. Au contraire, le délai de huitaine donné au défaillant pour faire opposition au jugement par défaut contre avoué, ayant pour point de départ la *signification de ce jugement à cet avoué* et non pas à la partie elle-même ou à son domicile, n'est pas franc (art. 157 C. pr.) (3). On exclut donc seulement de ce délai le *dies a quo*, mais on y comprend le *dies ad quem* et il ne s'augmente pas à raison des distances. Il serait facile de relever encore dans la loi nombre d'autres délais qui ne sont pas francs, parce qu'ils n'ont pas pour point de départ une signification à personne ou domicile (voy. par exemple art. 76 à 79, 252, 257, 762 C. pr.).

Tous les principes précédents, relatifs aux délais francs ou non, peuvent, bien entendu, comporter des exceptions, mais encore faut-il qu'elles soient

(1) Lyon, 13 février 1891, D. P. 92, 2, 150.

(2) Dijon, 4 août 1893, D. P. 93, 2, 582.

(3) Il y a quelques exceptions que nous relèverons dans la suite, notamment signification du jugement sur contredit à avoué, en matière d'ordre et de contribution.

consacrées par des textes formels. Ainsi l'augmentation d'un jour par cinq myriamètres se limite en général aux personnes domiciliées en France; pour les autres il existe des augmentations spéciales (voy. art. 73 C. pr.). La loi ayant parlé de l'augmentation ordinaire pour ceux qui sont dans la France continentale, les habitants des îles adjacentes ont parfois soutenu qu'ils avaient droit aux augmentations établies pour ceux qui sont hors de la France continentale. Pour mettre un terme à cette prétention, plus exacte au point de vue géographique que conforme à l'esprit de la loi, on a soin de parler, dans les lois nouvelles, des habitants du territoire européen de la France, ce qui comprend ceux qui sont établis dans les îles adjacentes.

Certains auteurs ont prétendu que l'augmentation à raison des distances doit s'appliquer même aux délais qui ne sont pas francs, parce qu'ils ont pour point de départ une signification à avoué, toutes les fois que cet avoué est obligé, à la suite de la signification, de demander de nouvelles instructions ou d'avertir son client de se trouver dans tel lieu; c'est ce qui se produit par exemple si le client doit assister à un serment (art. 121 C. pr.), à l'audition de témoins (art. 261 C. pr.), à une descente sur lieux (art. 297 C. pr.), aux premières opérations des experts (art. 315 C. pr.). Mais cette exception au droit commun, n'étant consacrée par aucun texte, doit être écartée comme étant purement arbitraire.

En sens inverse, il y a des cas dans lesquels, par exception, quoiqu'un délai ait pour point de départ une signification à personne ou domicile, il n'est pourtant pas franc. Mais ici encore il faut un texte formel pour que pareille dérogation puisse être admise. Tel est l'article 45 du décret du 1er germinal an XIII, aux termes duquel l'échéance de l'assignation délivrée à la régie par le contribuable qui forme opposition à une contrainte « ne peut excéder huit jours ». Cette formule doit être entendue en ce sens que la limite extrême du délai de huit jours sera le jour même de l'échéance (1).

On a encore admis d'autres exceptions de même nature, mais qui nous paraissent plus contestables. On a prétendu que le délai de trente jours pour appeler d'un jugement d'un juge de paix (loi du 20 mai 1838, art. 13), le délai de quinze jours pour appeler des ordonnances de référé (art. 809 C. pr.), le délai de deux mois pour former requête civile (art. 483 C. pr.), ne sont pas francs à cause des termes restrictifs de la loi et quoi qu'ils aient pour point de départ une signification à personne ou domicile. On se fonde sur ces termes restrictifs de la loi et on prétend, d'une manière plus générale, que le délai ne doit jamais être franc et que le jour de l'échéance doit être compté lorsque la loi prescrit de faire l'acte dans tel délai (2). Cette interprétation nous paraît très contestable et nous pensons que ces expressions ne sont pas assez précises pour écarter l'application du droit commun auquel on doit toujours s'en tenir dans le doute. Pour ce qui concerne le délai de la requête civile en particulier, il nous paraît tout à fait évident qu'il doit être tenu pour un délai franc, car tel est, sans aucun doute, le caractère du délai d'appel. Or l'intention du législateur a été d'appliquer, sauf certaines parti-

(1) Cass., civ. 19 octobre 1885, S. 86, 1, 119.

(2) Cass., 5 février 1879, S. 79, 1, 321 et les arrêts cités sous cette note; Cass., 2 août 1887, D. P. 88, 1, 180.

cularités pour quelques cas spéciaux, le même système pour les délais d'appel et les délais de la requête civile. La comparaison des textes de la loi en donne la preuve avec évidence.

Nous retrouverons les mêmes difficultés à propos des voies d'exécution pour différents délais qui ont comme point de départ une signification à personne ou domicile et que certains auteurs ne considèrent cependant pas comme francs à cause des termes restrictifs de la loi.

---

# PREMIÈRE PARTIE

## ORGANISATION JUDICIAIRE ET COMPÉTENCE.

---

## CHAPITRE PREMIER

### FORMATION DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE ACTUELLE EN MATIÈRE CIVILE ET CONFECTION DU CODE DE PROCÉDURE.

#### § 5. — L'organisation judiciaire de la Constituante.

Les bases de l'organisation judiciaire actuelle en matière civile remontent à l'Assemblée constituante. La célèbre loi des 16-24 août 1790 commence par s'occuper de l'arbitrage (tit. I, art. 1), parce qu'il est « le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens ». Elle interdit même aux législateurs futurs de prendre aucune disposition qui tendrait à diminuer la faveur ou l'efficacité du compromis. Toute personne capable peut nommer un ou plusieurs arbitres en toute matière sans aucune exception. L'arbitrage est valable, même s'il n'est fixé aucun délai aux arbitres et même après l'expiration du délai, tant qu'aucune des parties n'a déclaré qu'elle ne veut plus du compromis. Enfin il n'est permis d'appeler d'une sentence arbitrale qu'autant que l'appel est expressément réservé par une clause du compromis qui doit indiquer à quel tribunal cet appel sera déféré (tit. I, art. 1 à 6).

Indépendamment de cet arbitrage facultatif, la même loi (tit. X, art. 12 et suiv.) établit un arbitrage obligatoire pour les procès entre mari et femme, entre ascendants et descendants, entre frères et sœurs, neveux et oncles ou alliés aux mêmes degrés comme aussi entre pupilles et tuteurs, à l'occasion de la tutelle. Chaque partie nomme deux arbitres qui doivent être pris parmi les parents ou à leur défaut parmi les amis ou voisins. Si l'un des plaideurs refuse de choisir ces arbitres, l'autre s'adresse au juge qui les désigne d'office. Lorsque les quatre arbitres sont partagés, ils prennent un surarbitre pour lever le partage. Mais en cas d'arbitrage forcé, l'appel est de droit commun et porté au tribunal de district du ressort.

Ces dispositions de la loi des 16-24 août 1790 étaient assez maladroites. D'abord, comment comprendre qu'un législateur interdise à ceux qui le sui-

vront de restreindre l'arbitrage? Ensuite, le législateur de 1790 ne subissait-il pas l'influence des doctrines philosophiques du XVIIIe siècle qui présentaient l'homme comme doué de toutes les vertus à l'état de nature?

Les événements qui suivirent ne tardèrent pas à prouver tristement le contraire. Aussi, l'arbitrage facultatif n'obtint aucun succès et l'arbitrage obligatoire, sous forme de tribunal de famille, échoua complètement. Loin d'éteindre les querelles entre parents ou alliés, il les étendit, les arbitres choisis par chaque partie se croyant obligés de se prononcer en faveur de leur client.

Avant de s'occuper de l'organisation des différentes juridictions, la loi des 16-24 août 1790 établit les principes fondamentaux de la nouvelle organisation judiciaire : la justice est rendue au nom du roi ; la vénalité des offices est abolie ; les juges rendent gratuitement la justice en ce sens qu'ils ne reçoivent plus d'épices, mais ils sont salariés par l'État ; les juges sont élus pour six ans par les électeurs du second degré du district ; il en est de même des suppléants appelés à les remplacer en cas de vacance au cours des six années ; ils sont d'ailleurs inamovibles pendant l'exercice de leurs fonctions, et ils ne peuvent être destitués que pour cause de forfaiture par les juges compétents ; les officiers du ministère public sont nommés par le roi à vie et inamovibles ; nul ne peut être élu juge suppléant ou officier du ministère public s'il n'est âgé de trente ans accomplis et s'il n'a été pendant cinq ans juge ou homme de loi. Il est absolument interdit aux juges d'empiéter sur le pouvoir législatif, sous peine de forfaiture, notamment en suspendant l'exécution des lois, en procédant par voie de dispositions générales et réglementaires ; mais ils peuvent toujours s'adresser au Corps législatif pour obtenir l'interprétation officielle d'une loi ou même une loi nouvelle. Il est aussi défendu aux juges, sous peine de forfaiture, de s'immiscer dans les actes du pouvoir administratif. Toutes les procédures civiles ou criminelles devront être publiques ; les privilèges de juridiction sont supprimés ; les plaideurs ne peuvent être distraits de leurs juges naturels par voie de commission extraordinaire, d'évocation ou autre (loi des 16-24 août 1790, tit. II et tit. VI). Ces dispositions générales se terminent par la promesse d'un Code de lois simples et claires. « Le Code de la procédure civile, ajoute l'article 20 du titre II, sera incessamment réformé, de manière qu'elle soit rendue plus simple, plus expéditive et moins coûteuse. »

Après avoir posé ces principes, la loi des 16-24 août 1790 crée et organise les différentes juridictions nouvelles, les juges de paix, les tribunaux de district et les tribunaux de commerce.

Il est établi dans chaque canton un juge de paix et des prud'hommes assesseurs. Le juge de paix est élu au scrutin individuel, à la pluralité absolue des suffrages, par les citoyens actifs réunis en assemblée primaire ; il doit être choisi parmi les citoyens éligibles aux administrations de département et de district, âgés de trente ans accomplis ; la loi n'exige aucune condition spéciale de capacité. Ce sont aussi les électeurs du premier degré qui nomment dans chaque municipalité, au scrutin de liste et à la pluralité relative, quatre assesseurs. Juges de paix et prud'hommes sont élus pour deux ans et indéfiniment rééligibles. Le juge de paix statue assisté de

deux assesseurs ; ils connaissent de toutes les affaires purement personnelles et mobilières, sans appel jusqu'à la valeur de 50 livres et à charge d'appel jusqu'à la valeur de 100 livres (loi des 16-24 août 1790, tit. III). Le juge de paix reçoit aussi certaines attributions de juridiction gracieuse : apposition et levée des scellés, direction des délibérations des conseils de famille, nomination de curateurs, émancipation. Dans toutes les matières qui excèdent sa compétence, le juge de paix et ses assesseurs forment un bureau de paix et de conciliation auquel il faut s'adresser avant de porter l'affaire devant le tribunal de district (loi des 16-24 août 1790, tit. X). On remarquera qu'à cette époque les juges de paix comme leurs assesseurs, quoiqu'élus pour deux ans, étaient inamovibles pendant la durée de leurs fonctions.

Au-dessus des juges de paix, la loi du 16-24 août 1790, tit. IV, établit dans chaque district (nous dirions aujourd'hui arrondissement) un tribunal composé de cinq juges titulaires, de quatre suppléants et d'un commissaire du roi, officier du ministère public. Les juges et les suppléants sont élus, comme on l'a dit, pour six ans par les électeurs du second degré ; celui qui a obtenu le plus de voix est de droit président. Ces juges de district connaissent en appel des jugements de juges de paix ; ils statuent en premier et dernier ressort sur toutes les affaires personnelles et mobilières, depuis 100 livres jusqu'à la valeur de 1000 livres de principal, et sur les affaires réelles immobilières si le revenu de l'immeuble ne dépasse pas 50 livres par an et à la condition que ce revenu soit constaté par contrat de rente ou par prix de bail. Au delà de ces sommes, le tribunal de district juge à charge d'appel, à moins que les parties n'aient déclaré, au cours de la procédure, qu'elles renoncent à cette voie de recours.

Lorsqu'un tribunal de district statue en appel d'un juge de paix ou en premier ressort seulement, la présence de trois magistrats suffit ; il en faut quatre dans tous les autres cas, c'est-à-dire si le tribunal de district statue en premier et dernier ressort ou s'il juge en appel d'un autre tribunal de district (loi des 16-24 août 1790, tit. IV).

A cette époque, en effet, les tribunaux de district étaient juges d'appel les uns des autres. L'appel était porté au tribunal convenu entre les parties ; si elles ne pouvaient pas s'entendre, il fallait recourir à un tableau dressé par le directoire de chaque district, sur lequel étaient énumérés les sept tribunaux les plus voisins de celui qui avait rendu le jugement attaqué, et un au moins de ces sept tribunaux devait être choisi hors du département. Chaque partie, l'appelant et l'intimé, avait le droit de récuser trois de ces tribunaux et celui des sept tribunaux qui n'avait pas pu être récusé devenait le juge d'appel. Lorsque les récusations n'atteignaient pas le nombre de six, il était permis à la partie qui ajournait la première sur l'appel, de choisir parmi les tribunaux non récusés et, en cas de concurrence de dates, le choix fait par l'appelant était préféré (loi des 16-24 août 1790, tit. V).

Les tribunaux de district jugeaient aussi les affaires commerciales dans les districts où il n'existait pas un tribunal de commerce. Dans les districts où le commerce et l'industrie étaient particulièrement développés, la loi promettait l'établissement d'un tribunal consulaire. « Il sera établi, porte l'article 1er du titre XII, un tribunal de commerce dans les villes où l'administration de

département, jugeant ces établissements nécessaires, en formera la demande. »

Chaque tribunal de commerce comprenait cinq juges qui devaient siéger au nombre de trois au moins. Ces juges étaient élus au scrutin individuel, à la majorité absolue, pour deux ans et renouvelables chaque année par moitié, par les négociants, banquiers, marchands, manufacturiers, armateurs, capitaines de navire de la ville où le tribunal était établi. Pour pouvoir être élu, il fallait avoir résidé et fait le commerce dans cette ville pendant cinq ans au moins et avoir atteint l'âge de trente ans. L'âge était porté à trente-cinq ans et la résidence commerciale à dix ans pour le président.

Les tribunaux de commerce jugeaient en premier et dernier ressort jusqu'à 1 000 livres inclusivement et au delà de cette somme à charge d'appel, mais leurs jugements étaient toujours susceptibles d'exécution provisoire sous caution. Toutefois, ils n'étaient pas juges d'appel les uns des autres. L'appel devait être porté devant un des tribunaux de district conformément au système précédemment exposé.

Telles sont dans l'ordre civil les seules juridictions qu'organisait la loi des 16-24 août 1790; les justices de paix et les tribunaux de district étaient de création nouvelle; les tribunaux de commerce venaient de l'ancien régime. Mais on ne voit apparaître ni la Cour de cassation, ni les cours d'appel, ni les conseils de prud'hommes. Toutefois, la Cour de cassation, ou pour prendre le terme de l'époque, le tribunal de cassation allait bientôt être créé et recevoir son organisation par une loi des 27 novembre-1er décembre 1790 dont certaines dispositions sont encore aujourd'hui en vigueur. Ce tribunal de cassation était le successeur de la section du Conseil du roi, connue sous le nom de Conseil des parties, composée de trente conseillers et d'un certain nombre d'avocats au conseil et chargée déjà autrefois de réprimer les violations de lois (dans le sens large de ce mot) contenues dans les décisions en dernier ressort. Le tribunal de cassation fut institué pour prononcer sur toutes les demandes en cassation contre les jugements rendus en dernier ressort, pour juger les demandes en renvoi d'un tribunal à un autre à raison de la suspicion légitime, pour statuer sur les conflits de juridiction, les règlements de juge, les prises à partie contre un tribunal tout entier. Toutefois le pourvoi en cassation était déjà interdit contre les jugements en dernier ressort des juges de paix.

A cette époque le tribunal de cassation était divisé en un bureau des requêtes et une section de cassation. Le bureau des requêtes comprenait vingt membres du tribunal de cassation nommés par le tribunal lui-même et renouvelés tous les six mois. Ce bureau, qui devait comprendre douze juges au moins pour siéger valablement, était chargé de rechercher si le pourvoi paraissait sérieux. Lorsque les trois quarts des voix se réunissaient pour le rejeter, le pourvoi était écarté et la décision attaquée restait définitivement debout; si les trois quarts des voix au moins se réunissaient pour admettre la requête, le demandeur était autorisé à assigner son adversaire devant la section de cassation qui devait juger au nombre de quinze magistrats au moins; mais la majorité absolue suffisait pour former la décision (1). Le tribunal de

(1) Lorsque les trois quarts des voies ne se réunissaient pas pour admettre ou rejeter la

cassation devait continuer à appliquer, pour la procédure, l'ordonnance du 28 juin 1738 observée autrefois au conseil des parties, sauf pour les points sur lesquels il y était dérogé par la loi des 27 novembre-1er décembre 1790.

Les membres du tribunal de cassation étaient élus pour quatre ans et indéfiniment rééligibles, au nombre de quarante-deux ou de quarante et un ; la France comprenait alors quatre-vingt trois départements et ceux-ci concouraient successivement par moitié à l'élection des membres du tribunal de cassation. Cette élection était faite à la majorité absolue des suffrages par les électeurs du second degré réunis en collège électoral du département. Pour être éligible lors des trois premières élections, il fallait avoir atteint l'âge de trente ans accomplis, avoir pendant dix ans exercé les fonctions de juge dans une cour supérieure ou présidiale, sénéchaussée ou bailliage, ou avoir exercé la profession d'homme de loi pendant le même temps. Pour les élections suivantes, la loi exigeait qu'on eût rempli pendant dix ans les fonctions de juge, qu'on eût été homme de loi pendant le même temps dans un tribunal de district. En même temps que les électeurs de chaque département choisissaient un juge du tribunal de cassation, ils élisaient au scrutin et à la majorité absolue un suppléant qui devait réunir les mêmes conditions de capacité que le titulaire et qui était appelé à le remplacer pour le cas où il aurait cessé ses fonctions avant l'expiration des quatre années de magistrature.

Le tribunal de cassation était divisé en deux sections, l'une civile, l'autre criminelle et chaque section élisait tous les six mois son président qui d'ailleurs était indéfiniment rééligible.

Le ministère public était représenté par un commissaire du roi et par deux substituts, tous trois nommés par le roi et inamovibles. Le tribunal de cassation élisait un greffier à vie ; le greffier choisissait des commis assermentés dont il était responsable et qui faisaient le service des deux chambres.

Tel fut le système de la Constituante. Comme toute œuvre humaine, il a ses qualités et ses défauts ; son principal mérite est d'avoir assuré l'application du principe de la séparation des pouvoirs, supprimé la vénalité et l'hérédité des offices, aboli les privilèges de juridiction au nom de l'égalité de tous devant la loi, exigé la publicité des audiences et des jugements en toute matière, imposé aux juges l'obligation de motiver leurs jugements, limité les degrés de juridiction à deux alors qu'autrefois les affaires pouvaient en parcourir jusqu'à cinq ou six, ce qui rendait les procès interminables et ruinait les plaideurs, enfin supprimé toutes les juridictions d'exception qui étaient une cause de conflits incessants de compétence. Les juridictions créées par l'Assemblée nationale ont constitué une œuvre durable ; ce qui le prouve, c'est qu'elles existent encore aujourd'hui. Les justices de paix et les tribunaux de district ont été sagement multipliés et par cela même mis à la portée des justiciables, sans frais coûteux de déplacement. On espérait alors que les juges de paix exerceraient partout une influence salutaire, que, par l'exercice de leur juridiction paternelle et d'équité, ils arrêteraient les procès au lieu

requête en cassation, la question était portée au tribunal tout entier et la décision était prise à la majorité absolue.

de les juger. On ne tarda pas à éprouver bien des déceptions, mais elles tenaient en partie à ce qu'il avait fallu nommer en une fois un nombre considérable de ces magistrats nouveaux, de sorte que les choix n'avaient pas pu se limiter à ceux qui étaient le plus dignes et le plus capables.

L'œuvre la plus remarquable de la Constituante est incontestablement la création du tribunal de cassation dont les membres, par la dignité de leur caractère et la sûreté de leur science, sont les vrais héritiers de l'ancien parlement de Paris.

Le plus grave défaut des lois de la Constituante, c'est d'avoir rendu la magistrature élective et à temps. Un magistrat élu à vie peut, sans aucun doute, garder une indépendance et une impartialité égales et peut-être même supérieures à celles des magistrats choisis par le pouvoir exécutif; du moment qu'il est élu à perpétuité, il acquiert une indépendance absolue, aussi bien vis-à-vis des électeurs dont il n'aura plus besoin, que du pouvoir exécutif auprès duquel il ne sollicitera jamais aucun avancement. Mais tout autre est la situation du magistrat élu pour quelques années seulement. Comme il tient à assurer sa réélection, il perd toute indépendance et trop souvent des préoccupations étrangères au véritable intérêt de la justice peuvent dicter ses jugements. Il convient d'ajouter aussi que les électeurs sont toujours portés, même en matière judiciaire, à voter, non pour le plus digne et le plus capable, mais pour celui qui flatte le plus leurs opinions politiques. On en a eu maintes fois la preuve décisive pendant l'époque révolutionnaire de notre histoire (1).

### § 6. — L'œuvre de la Convention.

L'œuvre de la Constituante parut un instant compromise par les lois plus passionnées que réfléchies de la Convention. Un des premiers actes de cette Assemblée fut de décréter que tous les corps judiciaires seraient renouvelés et que les juges pourraient être choisis indistinctement parmi tous les citoyens (loi du 22 septembre 1792). Il n'était fait exception que pour les membres du tribunal de cassation autorisés à continuer provisoirement leurs fonctions (loi du 19 octobre 1792). Tout Français âgé de vingt et un ans, domicilié depuis un an, vivant de son revenu ou du produit de son travail et n'étant pas en état de domesticité, faisait partie des assemblées primaires et tout Français remplissant les mêmes conditions pouvait être élu juge, officier du ministère public ou greffier (lois du 21 et du 27 août 1791). Ces élections donnèrent de tels résultats et les temps étaient si troublés qu'il fallut les suspendre. Le remplacement provisoire des juges de paix, de leurs assesseurs et greffiers, fut confié aux conseils généraux de district, et la loi du 14 frimaire an II, organique du gouvernement révolutionnaire, autorisa le comité de salut public et les représentants du peuple en mission à procéder au renouvellement de toutes les autorités constituées.

(1) Voy. *La magistrature élue*, par Arthur Desjardins, dans la *Revue des deux monde* du 1er août 1882. Ajoutons qu'on en a encore aujourd'hui la preuve par les élections des juges des tribunaux du commerce et surtout par celles des prud'hommes. Une observation attentive de l'application du système électif dans certains pays nous a aussi convaincu qu'il produit des résultats déplorables.

On avait jusqu'alors appliqué la procédure de l'ordonnance de 1667 et remplacé les anciens procureurs par des avoués qui n'étaient pas d'ailleurs propriétaires de leurs charges. La loi du 3 brumaire an II supprime les avoués; toute personne justifiant d'un certificat de civisme put représenter ceux qui ne voulaient pas plaider eux-mêmes. La procédure fut réduite à sa plus simple expression et si l'on ne supprima pas les huissiers, c'est parce qu'on n'en trouva pas le moyen.

### § 7. — L'organisation judiciaire sous le Directoire.

La Constitution du 5 fructidor an III, organique du Directoire, établit un gouvernement stable et même un régime qui aurait pu être celui de la liberté, s'il avait régulièrement fonctionné. Cette Constitution consacrait le suffrage universel, mais à deux degrés. Les assemblées primaires des électeurs, composées de tous les Français âgés de vingt et un ans et payant une contribution quelconque, nommaient un certain nombre d'électeurs du second degré âgés de vingt-cinq ans et payant un certains cens. Ces électeurs du second degré, réunis en assemblée départementale, élisaient, suivant qu'il y avait lieu, les membres du corps législatif, les juges du tribunal de cassation, les hauts jurés, les administrateurs de département, les présidents, accusateur public et greffier du tribunal criminel et les juges des tribunaux civils. Quant aux juges de paix et à leurs assesseurs, ils continuaient à être élus dans les assemblées primaires.

Ces dispositions de la Constitution du 5 fructidor an III furent complétées par la loi d'organisation judiciaire du 19 vendémiaire an IV. Les juges de paix étaient élus pour deux ans, mais indéfiniment rééligibles, ainsi que leurs assesseurs; les uns et les autres devaient avoir atteint l'âge de trente ans. Chaque juge de paix choisissait et destituait son greffier. Un huissier était attaché à sa juridiction. Le taux de la compétence du juge de paix ne fut pas modifié et celui qu'avait établi la loi des 16-24 août 1790 resta en vigueur jusqu'à la loi du 25 mai 1838.

La plus grave innovation de la loi du 19 vendémiaire an IV consista dans la suppression des tribunaux de district. Il n'y eut plus désormais dans chaque département qu'un seul tribunal civil, composé de vingt juges au moins et de cinq suppléants, élus et renouvelés intégralement tous les cinq ans par les assemblées électorales du second degré. Le ministère public était représenté par un commissaire et par un substitut nommés et révocables par le Directoire exécutif. Chaque tribunal choisissait son greffier. Pour pouvoir être élu juge ou nommé commissaire du Directoire, il fallait avoir atteint l'âge de trente ans, mais aucune autre condition n'était imposée. Chaque tribunal se divisait en autant de sections qu'il le jugeait convenable et nommait en assemblée générale et au scrutin secret les présidents des sections. Chaque section devait siéger au nombre de cinq juges au moins. Le taux de la compétence ne fut pas modifié et il resta tel qu'il avait été fixé par la loi des 16-24 août 1790, jusqu'à la loi du 11 avril 1838. Les tribunaux de département jugeaient donc en premier et dernier ressort jusqu'à 1000 livres de principal ou 50 livres de revenu, suivant que la matière

était mobilière ou immobilière (1) ; ils était juges d'appel les uns des autres et chaque appel était porté à l'un des trois tribunaux les plus voisins de celui qui avait statué, suivant le système précédemment établi. En outre, les tribunaux de département étaient juges d'appel des arbitres, des juges de paix et des tribunaux de commerce.

En établissant un seul tribunal par département, on avait voulu réaliser des économies et en même temps donner plus d'éclat au nouvel ordre judiciaire sans rétablir cependant les anciens parlements. En fait, il n'y eut pourtant pas d'économies, car si le nombre des tribunaux fut diminué, celui des juges n'en resta pas moins sensiblement le même. Ce nouveau système eut le grave défaut d'éloigner la justice des justiciables, à une époque où les communications n'étaient pas faciles comme aujourd'hui et de faire tomber certaines villes importantes, comme Marseille, Toulon, le Havre, Lille, Rochefort, au rang de simples justices de paix.

Les tribunaux de commerce ne reçurent aucune modification.

Le tribunal de cassation subit une réorganisation importante, sans qu'on touchât d'ailleurs à ses attributions. D'après la loi du 2 brumaire an IV, il devait comprendre cinquante juges âgés de trente ans, renouvelés tous les cinq ans par cinquième et indéfiniment rééligibles. Chaque juge avait un suppléant qui le remplaçait en cas de mort ou de démission. Le ministère public était représenté par un commissaire et sept substituts nommés et destituables par le Diréctoire. Le tribunal de cassation choisissait lui-même son greffier en chef et quatre commis greffiers sur la présentation de ce dernier.

Une autre innovation très importante, et qui subsiste encore aujourd'hui, consiste dans la suppression du bureau des requêtes qui fut remplacé par une section permanente. Le tribunal de cassation comprit désormais trois sections ou chambres.

Cette organisation judiciaire établie par la République fut complétée et modifiée sous le Consulat et sous l'Empire.

### § 8. — L'œuvre du Consulat et de l'Empire.

Sous le Consulat, le premier consul nommait et révoquait, non seulement les membres du ministère public, mais aussi les juges autres que les juges de paix, ceux des tribunaux de commerce, ceux du tribunal de cassation. Les juges de paix continuaient à être élus par le peuple, mais pour trois ans ; ceux de cassation étaient élus par le Sénat qui devait les prendre sur la liste dite nationale.

La loi du 27 ventôse an VIII, en application d'un principe déjà contenu dans la nouvelle Constitution, supprima les tribunaux de département, rétablit un tribunal civil par arrondissement, créa des tribunaux d'appel au nombre de vingt-sept, reconstitua les avoués sans les reconnaître propriétaires de leurs charges et en les assujettissant à un cautionnement ; enfin

(1) Ne pas oublier qu'en matière personnelle et mobilière les affaires allaient au juge de paix jusqu'à 100 livres.

elle remit provisoirement en vigueur la procédure de l'ordonnance de 1667.

Le sénatus-consulte du 16 thermidor an X retira aux citoyens l'élection directe des juges de paix et la remplaça par une simple présentation de candidats, en même temps qu'il fixa la durée des fonctions de ces magistrats et de leurs suppléants à dix ans ; il décida, en outre, que les juges du tribunal de cassation seraient élus par le Sénat sur une liste de trois noms présentée par le premier consul.

Bientôt le sénatus-consulte du 28 floréal an XII, organique de l'Empire, établit un grand juge, qui était le ministre de la justice, donna aux tribunaux d'appel et au tribunal de cassation le titre de cour d'appel ou de cassation et à leurs jugements le nom d'arrêts. Chaque cour d'appel eut un premier président, un procureur général, des avocats généraux, des substituts du procureur général. Dans les tribunaux d'arrondissement, le ministère public était représenté par un procureur impérial et par des substituts. Tous les magistrats étaient désormais nommés par l'empereur.

Cette organisation fut ensuite complétée par la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat, par celle du 22 ventôse an XII sur les Ecoles de droit et sur la profession d'avocat, par le décret du 30 mars 1808 et par la loi du 20 avril 1810 sur la police et la discipline des tribunaux. Nous arrivons ainsi aux lois qui sont encore actuellement en vigueur.

## § 9. — L'ordonnance de 1667 et le Code de procédure.

Le Code de procédure n'est qu'une édition un peu améliorée de l'ordonnance de 1667. On a longtemps dit un peu légèrement que le régime de la codification remonte au Consulat et cela est vrai pour le Code civil ; mais les grandes ordonnances de Louis XIV sur la justice civile (1667), sur la procédure criminelle (1670), sur le commerce (1673), sur la marine (1681), forment déjà de véritables codes. Cette grande œuvre législative a été inspirée à Louis XIV par Colbert et dirigée ensuite dans ses détails par le conseiller d'État Pussort, oncle de Colbert. En ce qui concerne l'ordonnance de 1667 sur la procédure civile, connue aussi dans notre ancien droit sous le nom de *Code Louis* ou même sous celui de *Code civil*, le président de Lamoignon et certains membres du parlement ont sans doute pris part à sa confection, mais seulement dans les derniers moments, et ils ne sont intervenus qu'alors que la préparation était déjà à peu près complète (1). Cette ordonnance de 1667 établit, pour la première fois, l'unité dans la procédure civile à la place de la diversité des styles des parlements et autres cours de justice.

Aussi, dans certains parlements, l'esprit de résistance éclata ; dans d'autres, les magistrats moins audacieux donnèrent seulement des preuves de mauvais vouloir et commencèrent par appliquer assez mal la nouvelle ordonnance en se retranchant derrière leur manque d'expérience. Mais le roi, Colbert et les intendants triomphèrent de ces obstacles ; au parlement et à la Chambre des comptes de Paris, des magistrats furent frappés d'interdiction pour n'avoir

(1) Voy. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, p. 177 et suiv. et mon ouvrage intitulé : *Le parlement de Paris, son rôle politique*, t. I, p. 415.

pas observé l'ordonnance. Les parlements de Dijon, Bordeaux, Grenoble, Rennes, Toulouse, reçurent de sérieux avertissements et on ne recula pas devant des ordres d'exil contre ceux qui n'en tinrent pas compte. Bientôt après, l'ordonnance fut partout respectée et appliquée jusqu'à la fin du règne de Louis XIV; elle fut ensuite, de la part des jurisconsultes, l'objet de travaux importants.

L'ordonnance de 1667 a été commentée par Jousse (1), Bornier (2), Boutaric (3), Serpillon (4), Rodier (5), Pothier (6); on peut aussi citer le *Praticien universel* de Couchot, revu par Rousseau de Lacombes. Le dernier ouvrage qui ait paru sur l'ordonnance de 1667 est celui de Pigeau qui fut plus tard un des rédacteurs du Code (7).

Dans quelle mesure l'ordonnance de 1667 a-t-elle été observée après la mort de Louis XIV, il serait assez difficile de le dire. Déjà autrefois on lui avait reproché quelques imperfections, et des jurisconsultes comme Rodier demandaient des réformes, notamment la suppression d'un certain nombre de formalités; mais Rodier ajoutait que jusqu'au jour où cette réforme serait accomplie, il convenait d'observer rigoureusement l'ordonnance; il regrettait qu'il n'en fût rien dans la pratique et ces abus étaient, à son avis, la principale cause des appels, des requêtes civiles, des instances en cassation (8). L'ordonnance de 1667 fut complétée dès le règne de Louis XIV par celle de 1669 sur les évocations et les *committimus*, par l'édit de 1673 sur les frais de justice et par l'ordonnance de 1695 sur la compétence et la procédure des tribunaux ecclésiastiques. Sous Louis XV, il faut relever l'ordonnance de 1737 sur le faux, inspirée par le chancelier d'Aguesseau (9).

Au moment où furent réalisées les réformes judiciaires de l'Assemblée constituante, on comprit de suite la nécessité d'une revision de la procédure civile. Mais comme il n'était pas possible de tout entreprendre à la fois, on eut la sagesse de laisser provisoirement en vigueur l'ordonnance de 1667. La loi du 3 brumaire an II, voulant supprimer tout formalisme, abolit l'ordonnance de 1667, et l'expérience d'une justice sans procédure ne tarda pas

(1) *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667*, 1re éd. Paris, 1753, 2e éd. 1767.

(2) *Conférences des nouvelles ordonnances de Louis XIV pour la réformation de la justice.* La dernière édition est de Paris, 1760, 2 vol. in-4. Cette œuvre a eu un grand succès. On n'en compte pas moins de dix éditions, 1678, 1681, 1687, 1694, 1703, 1709, 1737, 1744, 1755, 1760. Elle ne fut imprimée pour la première fois qu'après avoir été vue par Pussort et le privilège en fut accordé, non pas à Bornier, mais au maréchal de la Feuillade, auquel le roi avait en effet concédé pour une durée de cinquante ans le droit exclusif de publier ses ordonnances; mais le maréchal abandonna à Bornier un tiers des bénéfices.

(3) *Explication des ordonnances de Louis XIV sur les matières civiles et criminelles*, Toulouse, 1743, 3 vol. in-4.

(4) *Code civil ou commentaire sur l'ordonnance de 1667*, Paris, 1776, 1 vol. in-4.

(5) *Question sur l'ordonnance de 1667*, Paris, 1777, 1 vol. in-4.

(6) *Traité de la procédure civile*, t. VII des œuvres posthumes.

(7) *La procédure civile du Châtelet et de toutes les juridictions du royaume*, Paris, 1787, 2 vol. in-4.

(8) Voy. ce qu'il dit sur l'article 1 du titre I de l'ordonnance de 1738.

(9) Voy. mon travail sur *Les sources de la procédure civile française*, Paris, 1882, 1 vol. in-8.

à donner de déplorables résultats ; aussi, en l'an V, la commission de classification des lois présenta un projet de Code de procédure au conseil des Cinq-Cents, mais ce projet n'aboutit pas et, sous le Consulat, la loi du 27 ventôse an VIII, en même temps qu'elle réorganisait la justice, remit en vigueur l'ordonnance de 1667. Un arrêté du 3 germinal an X reprit le projet de rédaction d'un Code de procédure et en chargea une commission composée de Treilhard, conseiller d'État, de Try, de Séguier, premier président du tribunal d'appel de Paris, de Bertherau, président du tribunal de la Seine, de Pigeau, ancien avocat au Châtelet ; elle avait pour secrétaire Fondeur. Il s'opérait à cette époque une réaction violente contre les innovations des derniers temps et c'est une des raisons qui décidèrent la commission à en revenir au système général de l'ordonnance de 1667 sans changements sérieux. Le projet de la commission, publié en l'an XII, fut soumis à l'examen du tribunal de cassation et des tribunaux d'appel, puis on procéda à la confection du Code de la même manière que pour le Code civil. Chaque titre fut donc successivement examiné par la section de législation du Conseil d'État, discuté par l'assemblée entière, communiqué officieusement au Tribunat, présenté au Corps législatif avec exposé des motifs, communiqué officiellement au Tribunat qui émettait son vote, discuté devant le Corps législatif par les orateurs du Tribunat et du Conseil d'État. Les discussions au Conseil d'État furent courtes et sans intérêt ; elle n'occupèrent que vingt-trois séances, du 20 avril 1805 au 29 mars 1806. L'empereur ne présida que deux fois le Conseil d'État à cet occasion ; il était alors absorbé par la campagne d'Austerlitz.

Il a été fait trois éditions du Code de procédure, la première en 1806, la seconde en 1816, la troisième en 1842 (1).

# CHAPITRE II

## TRIBUNAUX DE LA JUSTICE CIVILE.

### § 10. — Tribunaux d'arrondissement.

L'organisation actuelle de la justice civile comprend, comme on l'a déjà vu, deux classes de tribunaux : ceux de droit commun et ceux d'exception. Les tribunaux de droit commun sont les tribunaux d'arrondissement et les cours d'appel.

Nous avons vu que la création des tribunaux d'arrondissement remonte à la loi des 16-24 août 1790 qui les établit sous le nom de tribunaux de district. La tentative faite sous le Directoire de n'établir qu'un tribunal par département ayant soulevé de vives protestations, on est revenu, par la loi du

(1) Depuis sa confection, le Code de procédure civile a été modifié par un assez grand nombre de lois importantes. Nous en donnerions ici l'énumération, ainsi que celle de la plupart des ouvrages écrits sur la procédure civile, si ce travail n'était pas déjà fait dans Aubry et Rau, 5e éd., t. I, p. 43 et suiv.

27 ventôse an VIII, aux tribunaux d'arrondissement, sauf pour le département de la Seine. On a souvent agité la question de savoir s'il ne conviendrait pas de réduire le nombre de ces tribunaux ; il en est, en effet, parmi eux, qui sont à peu près inoccupés et auprès desquels il est très difficile d'établir non pas des juges, mais des avoués. D'un autre côté, si l'on en revenait au système du Directoire, dans certains départements la justice serait trop éloignée des justiciables. On a proposé de maintenir un tribunal par arrondissement, sauf à n'établir dans certains d'entre eux qu'un seul juge titulaire, auquel viendraient se joindre, à des intervalles périodiques, et au moyen de tournées, les juges du tribunal le plus important du département. Mais ce système aurait le grave inconvénient de retarder considérablement l'expédition des affaires. Le mieux serait de décider, d'une matière générale, qu'un tribunal d'arrondissement peut, suivant la situation et les besoins des localités, comprendre dans son ressort un nombre variable d'arrondissements, un ou plusieurs (1).

La loi du 30 août 1883 divise les tribunaux d'arrondissement en trois classes. La première classe comprend les tribunaux dont le siège se trouve dans une ville de 80000 âmes ou plus ; les tribunaux des villes de 20000 à 80000 âmes forment la seconde classe ; les tribunaux des villes d'une population inférieure à 20000 âmes constituent la troisième classe. Cette division n'a d'ailleurs d'intérêt qu'au point de vue du traitement et de l'avancement des magistrats, car les attributions des tribunaux d'arrondissement et leur compétence sont les mêmes, sans distinction de classe.

Tout tribunal d'arrondissement juge en premier et dernier ressort les affaires civiles en matière mobilière depuis 200 francs, somme à laquelle s'arrête la compétence du juge de paix, jusqu'à 1500 francs de principal inclusivement, et en matière immobilière toutes les fois que le revenu de l'immeuble ne dépasse pas par année 60 francs d'après un bail ou un contrat de rente perpétuelle (loi du 11 avril 1838). Au delà de ces sommes, le tribunal d'arrondissement ne statue plus qu'en premier ressort et à charge d'appel à la Cour. En outre, le tribunal civil juge les affaires commerciales dans les arrondissements où il n'existe pas de tribunal de commerce (art. 640 C. com.). Il forme aussi le tribunal correctionnel pour les délits autres que ceux de presse et les contraventions de grande voirie (art. 179 C. inst. crim. ; loi du 28 pluviôse an VIII, art. 4 ; loi du 15 avril 1871, art. 1 et 2). Il est juge d'appel de simple police (art. 172 C. inst. crim.). Le contentieux des contributions indirectes lui est déféré (loi des 7-11 septembre 1790, art. 2 ; loi du 22 frimaire an VII, art. 64). Enfin le tribunal civil connaît en appel des affaires de la compétence des juges de paix (art. 404 C. pr.) et aussi des sentences arbitrales rendues sur des matières qui, à défaut de compromis, auraient été de la compétence des juges de paix (art. 1023 C. pr.).

Les tribunaux d'arrondissement les plus importants se divisent en un certain nombre de chambres. La division en chambres est faite par décret du

(1) Principales lois relatives aux tribunaux d'arrondissement : loi du 27 ventôse an VIII, tit. II et V ; décret du 30 mars 1808, tit. II ; loi du 20 avril 1810, chap. 5 ; décret du 18 août 1810 ; loi du 11 avril 1838 ; loi du 30 août 1883 ; loi de finance du 25 février 1901, art. 39 et suiv.

Président de la République (art. 1042 C. pr.); parfois on se borne à créer une chambre temporaire en cas d'encombrement momentané.

Quant au nombre des juges de chaque tribunal, il varie bien entendu suivant son importance et ne peut être modifié que par une loi. Cependant, toutes les fois que les besoins du service l'exigent, il peut être créé, par décret rendu en Conseil d'État, une place de juge ou de substitut dans les tribunaux chefs-lieux de cours d'assises (loi du 30 août 1883, art. 5). En général, il y a dans chaque tribunal composé de plusieurs chambres autant de vice-présidents que de chambres moins une, la première chambre appartenant de droit au président. Cependant, dans quelques tribunaux particulièrement importants, il y a autant de vice-présidents que de chambres. A Paris, chaque chambre civile a même été subdivisée en deux sections et la première chambre en trois par la loi du 18 juillet 1892, et les présidents de section jouissent de certains avantages jusqu'alors réservés aux vice-présidents (loi du 25 février 1901, art. 39). Actuellement, le tribunal de la Seine compte onze chambres, un président, douze vice-présidents, vingt-deux juges d'instruction, cinquante et un juges, vingt-huit juges suppléants (loi du 25 février 1901, art. 39).

Dans chaque tribunal d'arrondissement, le ministère public est représenté par un procureur de la République; il peut y avoir aussi un ou plusieurs substituts, suivant l'importance du siège et on attache assez souvent un ou plusieurs juges suppléants au service du parquet. D'après l'article 6 de la loi du 30 août 1883, un substitut ou un juge suppléant peut, si les besoins du service l'exigent, être délégué par le procureur général pour remplir, dans le ressort de la Cour, près d'un autre tribunal que celui de sa résidence, les fonctions du ministère public.

Le président du tribunal est chargé de plusieurs fonctions spéciales et particulièrement importantes. En premier lieu, il répond les requêtes et juge les référés (art. 807 C. pr.). En second lieu, il est chargé de la légalisation des actes de l'état civil et des actes notariés qui doivent être employés hors du ressort du tribunal; il exerce seul ces fonctions au siège même du tribunal et dans les autres parties de l'arrondissement en concurrence avec les juges de paix (art. 45 C. civ.; loi du 25 ventôse an XI, art. 28; loi du 2 mai 1861; voy. aussi décret du 29 décembre 1885 pour la légalisation des certificats de vie). En troisième lieu, le président doit tenter de concilier les époux avant l'ouverture de la procédure en divorce ou en séparation de corps (art. 238 et 239 C. civ.; art. 878 et 881 C. pr.). En quatrième lieu, les art. 376 et 377 C. civ. lui confèrent des pouvoirs personnels pour l'emprisonnement des enfants mineurs par mesure de correction paternelle; suivant les distinctions établies par ces articles, le président doit ou peut accorder l'ordre d'arrestation. En cinquième lieu, le président est chargé de la distribution des causes entre les différentes chambres du tribunal (décret du 30 mars 1808, art. 59 et 63; décret du 10 novembre 1872, art. 1) (1). En sixième lieu, la loi du 20 avril 1810 (art. 49) reconnaît au président certaines attributions disciplinaires et de surveillance sur les juges de son tribunal, et

(1) Toutefois, certaines affaires sont nécessairement réservées à la première chambre.

enfin le décret du 18 août 1810 (art. 30) lui donne le droit de délivrer des congés. Le président peut déléguer les quatre premières de ces fonctions au plus ancien vice-président ou au plus ancien juge; les trois dernières fonctions sont au contraire attachées à sa personne et ne passent au plus ancien vice-président ou au plus ancien juge qu'autant que la place de président est vacante ou que le président est en congé régulier.

Toute chambre comprend au plus six juges, sauf exception à Paris. L'audience exige la présence de trois juges au moins; elle peut aussi être formée par cinq juges, mais depuis la loi du 30 août 1883 (art. 4), il faut toujours siéger ou plus exactement juger en nombre impair dans les tribunaux d'arrondissement et dans les cours d'appel (voy. aussi loi du 27 ventôse an VIII, art. 16; décret du 18 août 1810, art. 6). Lorsqu'une chambre ne se trouve pas en nombre, on appelle, pour la compléter, un juge d'une autre chambre d'après l'ordre des nominations; à défaut de juge, un suppléant; à défaut de suppléant, un avocat inscrit et âgé de vingt-cinq ans au moins; à défaut d'avocat, un avoué, tous pris suivant l'ordre du tableau. Toutefois, les avocats et les avoués ne sauraient être en majorité, car l'article 49 du décret du 30 mars 1808 ne permet de les appeler au tribunal que pour le compléter.

Lorsqu'un empêchement se produit au cours des débats d'une affaire, le juge suppléant qui assistait à l'instruction avec voix consultative peut de suite remplacer le juge empêché sans qu'il soit nécessaire de recommencer les débats. C'est ce que dit la loi elle-même pour le cas de partage (loi du 20 avril 1810, art. 41) et il est naturel d'étendre sa solution au cas d'empêchement (1). Lorsqu'au contraire celui qui est appelé au cours des débats n'y avait pas assisté précédemment, il faut alors recommencer l'instruction.

Pour empêcher les juges d'un tribunal composé de plusieurs chambres de s'éterniser dans leurs fonctions, la loi a organisé ce qu'on appelle le roulement, en vertu duquel, chaque année, certains juges changent de chambre. Ce n'est pas ici le lieu d'exposer en détail ce roulement qui, depuis le décret du 15 juillet 1885 et par suite du changement de l'époque des vacances, est préparé chaque année dans la seconde quinzaine de juillet. Le roulement avait d'abord été organisé par le décret du 30 mars 1808 et par le décret du 18 août 1810, mais leurs dispositions ont été modifiées successivement par une ordonnance du 11 octobre 1820, par un décret du 28 octobre 1854, par un décret du 16 août 1859, par un décret du 21 février 1870, par un décret de la Défense nationale du 21 octobre même année. En dernier lieu, un arrêté du Président de la République du 12 juillet 1871 a abrogé le décret du gouvernement de la Défense nationale et remis en vigueur les ordonnances des 11 octobre 1820 et 24 juillet 1825 et le décret du 28 octobre 1854. L'ordonnance de 1825 concerne spécialement le tribunal de la Seine.

Indépendamment de leurs audiences ordinaires, composées de trois ou cinq juges, où s'instruisent en principe toutes les affaires contentieuses, les tribunaux d'arrondissement tiennent aussi des assemblées générales, mais, à la différence des cours d'appel, ils n'ont pas d'audiences solennelles. Les

(1) Civ. cass., 18 juin 1877, D. P. 77, 1, 368.

règles relatives à leur organisation sont manifestement d'ordre public et il y aurait incompétence absolue si elles étaient violées, notamment si le tribunal se réunissait en assemblée générale en dehors des cas permis par la loi.

L'assemblée générale exige la présence de la majorité des juges titulaires (loi du 11 avril 1838, art. 11); elle se réunit toujours à huis clos. C'est là notamment que le tribunal prend les mesures relatives à son organisation intérieure, donne son avis sur les projets de loi qui lui sont parfois soumis par le gouvernement, prépare les discours et adresses qui doivent être prononcés en son nom dans certaines circonstances, examine les avis des chambres de discipline des officiers ministériels, contrôle les traités de cession d'office, fixe le service des huissiers audienciers, celui des juges suppléants en cas de désaccord entre le président et le procureur de la République, élit les membres qui doivent le représenter au bureau d'assistance judiciaire, etc.

Pendant les vacances, qui durent du 15 août au 15 octobre (décret du 4 juillet 1885), le tribunal est représenté par une chambre des vacations qui ne peut toutefois juger que les matières sommaires « et celles qui requièrent célérité », ajoute bien inutilement l'article 44 du décret du 30 mars 1808, puisque les affaires requérant célérité sont toujours sommaires. Le service des vacations est réglé par les articles 75 et suivants du décret du 30 mars 1808 et par le décret du 12 juin 1880.

Enfin tout tribunal d'arrondissement constitue ce qu'on appelle la chambre du conseil. Cette expression a deux sens bien distincts. Elle désigne d'abord la salle dans laquelle se réunit le tribunal lorsqu'il siège à huis clos, soit pour délibérer et voter après les plaidoiries, soit pour tenir ses assemblées générales, soit enfin pour exercer la juridiction gracieuse. En tant que le tribunal exerce cette juridiction, il prend lui-même le nom de chambre du conseil à raison de la salle où il se réunit à cette occasion. On appelle juridiction gracieuse celle qui s'exerce en dehors de tout procès. Elle consiste en actes plus ou moins solennels qui s'accomplissent devant le tribunal ou que fait le tribunal lui-même. La juridiction gracieuse suppose donc certains actes que la loi entoure de la protection de la justice. Comme il n'y a pas procès, il ne saurait être question de reconnaître aux décisions qui interviennent l'autorité de la chose jugée et, par cela même, elles ne sont susceptibles d'aucune voie de recours.

La loi n'a pas dit à qui appartient la juridiction gracieuse de droit commun; mais on n'a jamais fait difficulté pour reconnaître qu'elle doit être attribuée au tribunal d'arrondissement et par cela même qu'il est l'autorité judiciaire de droit commun en matière contentieuse. C'est ainsi que le tribunal examine en chambre du conseil les projets d'adoption (art. 355 C. civ.), les actes de notoriété qui lui sont présentés en matière de mariage pour suppléer à l'acte de naissance (art. 72 C. civ.), les demandes relatives à l'absence (art. 112 et suiv. C. civ.), les demandes en rectification des actes de l'état civil ou en changement de nom, en supposant qu'il n'y ait pas dans ces deux cas de contradicteurs (art. 99 C. civ.; loi du 11 germinal an XI, art. 3; loi du 23 mars 1817, art. 75), les demandes d'homologation des délibérations du

conseil de famille, les demandes d'envoi en possession de succession (art. 770 C. civ.), les demandes en restriction à l'hypothèque légale des mineurs ou des femmes (art. 2143 et suiv. C. civ.), les demandes de sortie des établissements d'aliénés (loi du 30 juin 1838, art. 29), etc.

On sait que toute femme mariée et non séparée de corps doit, en principe, obtenir l'autorisation de son mari pour passer un acte de la vie civile, mais que si le mari refuse ou ne peut pas donner son consentement pour cause d'incapacité ou d'absence, l'autorisation du mari peut être remplacée par celle de justice. Cette demande d'autorisation de justice est examinée en chambre du conseil et ce n'est là qu'une application du droit commun en matière de juridiction gracieuse, lorsque le tribunal autorise la femme à raison de l'incapacité ou de l'absence du mari. Mais si celui-ci a refusé son autorisation et si la femme saisit la justice pour vaincre cette résistance, alors l'affaire devient contentieuse et devrait, par cela même, être portée à l'audience publique du tribunal. La loi ne l'a pourtant pas voulu et, par dérogation au droit commun, elle a décidé que même dans ce cas la demande en autorisation serait portée à la chambre du conseil (art. 861 C. pr.). Toutefois, la loi n'a pas parlé du jugement qui intervient sur la demande en autorisation et alors se présente la question encore aujourd'hui controversée de savoir si ce jugement doit toujours être rendu en chambre du conseil. A notre avis, dans le silence de la loi, il faut appliquer les principes généraux et admettre que le jugement sera prononcé à l'audience publique ou en chambre du conseil, suivant que la femme aura demandé l'autorisation à la justice pour vaincre la résistance du mari ou pour suppléer à son absence ou à son incapacité. Il s'agit en effet dans le premier cas de juridiction contentieuse et dans le second cas de juridiction gracieuse. Or le tribunal ne peut exercer la juridiction contentieuse en chambre du conseil et à huis clos que dans des cas tout à fait exceptionnels.

En d'autres termes, pour qu'une affaire de juridiction contentieuse puisse être portée à la chambre du conseil, il faut un texte ; c'est ce qui a lieu notamment en cas d'opposition à l'exécutoire des dépens, d'après le décret du 16 février 1807 (art. 544 C. pr.). De même, en cas de procédure d'interdiction, le prétendu aliéné doit être interrogé en la chambre du conseil (art. 476 C. civ.) ; la loi craint que la présence du public ne soit de nature à l'intimider ou à le surexciter. C'est aussi en chambre du conseil que s'exercent les poursuites disciplinaires contre les officiers ministériels (décret du 30 mars 1808, art. 102 et 103). De même, lorsque le préfet soulève un conflit d'attribution, c'est en chambre du conseil que le tribunal examine l'arrêté de conflit (ord. du 1er juin 1828, art. 12). La loi du 24 juillet 1889 sur l'enfance moralement abandonnée veut que la demande en déchéance de la puissance paternelle soit déférée à la chambre du conseil. Plus récemment, la loi du 9 avril 1898 a aussi donné compétence à cette chambre pour examiner la demande formée par un ouvrier victime d'un accident dans son travail et tendant à ce que le quart du capital nécessaire pour lui constituer une rente soit versé en espèces ou à ce que la moitié de la rente soit réversible sur son conjoint.

## § 11. — Cours d'appel.

Les cours d'appel forment le second degré de la juridiction ordinaire ; on se souvient qu'elles n'existaient pas dans l'organisation judiciaire de l'Assemblée constituante et qu'elles datent seulement du Consulat. La Constituante avait craint qu'en établissant des tribunaux supérieurs au-dessus des tribunaux de district, elle ne fit renaître les anciens parlements dont on ne voulait plus à aucun prix, à cause de leur puissance et aussi de leurs empiétements sur les autres pouvoirs. Les tribunaux de district furent donc juges d'appel les uns des autres, mais on ne tarda pas à constater que cette multiplicité des petits tribunaux, sans autre supérieur que le tribunal de cassation, avait affaibli la justice et que des rivalités mesquines s'élevaient trop souvent entre ces juridictions. Aussi, des tribunaux d'appel spéciaux furent établis par la loi du 27 ventôse an VIII et ne tardèrent pas sous le premier Empire à prendre le nom de Cour d'appel (1).

Le nombre des cours d'appel a varié suivant l'étendue de notre territoire ; il est actuellement de vingt-six, non compris la Cour d'Alger et les autres cours coloniales. Depuis la loi du 30 août 1883 (art. 3), il n'existe plus de classe pour les cours d'appel. Chacune d'elles comprend dans son ressort un nombre variable de départements, sauf exception pour la Cour de Bastia dont le ressort se limite à la Corse. Le ressort le plus étendu est celui de la Cour de Paris qui n'embrasse pas moins de sept départements. Cette cour se subdivise en dix chambres avec un premier président, dix présidents de chambre, soixante-sept conseillers, un procureur général, sept avocats généraux, douze substituts, un greffier en chef, quinze commis greffiers (loi du 25 février 1901, art. 39). Deux cours seulement, celles d'Alger et de Lyon, comptent quatre chambres. Six en possèdent trois : Aix, Bordeaux, Douai, Montpellier, Rennes, Rouen. Les autres cours d'appel n'ont que deux ou même une seule chambre ; chacune d'elles a un premier président et un nombre variable de présidents de chambre et de conseillers suivant son importance. Le ministère public est représenté par un procureur général, un ou plusieurs avocats généraux, un ou plusieurs substituts du procureur général. Parfois un décret du Président de la République crée une chambre temporaire pour expédier l'arriéré des affaires. Pendant les vacances, qui sont semblables à celles des tribunaux d'arrondissement, le service des vacations est assuré par la chambre correctionnelle dont les membres, à défaut de vacances, obtiennent des congés à tour de rôle (décret du 16 août 1859, art. 4). Dans les cours qui comptent trois chambres, l'une fait le service des affaires civiles, l'autre celui des affaires correctionnelles et la troisième est la chambre des mises en accusation. Mais partout les membres de cette dernière chambre sont attachés à une autre chambre ou répartis

(1) Les principaux textes relatifs à l'organisation des cours d'appel sont les suivants : loi du 27 ventôse an VIII, art. 21 et suiv. ; sénatus-consulte du 16 thermidor an X, art. 83 ; sénatus-consulte du 28 floréal an XII, art. 134 et 136 ; décret du 30 mars 1808, art. 4 à 46 ; loi du 20 avril 1810, art. 1 et suiv. ; décret du 6 juillet 1810, art. 1 et suiv. ; loi du 30 août 1883 ; loi du 25 février 1901, art. 38 et suiv.

entre les autres (décret du 12 juin 1880). Il n'y a jamais, sauf à Paris, qu'une chambre des appels correctionnels et une chambre des mises en accusation dans chaque cour d'appel; les autres chambres sont toujours affectées au service civil. En outre, la chambre des appels de police correctionnelle a aussi la plénitude de juridiction en matière civile, et quoique l'usage soit de ne lui déférer les affaires civiles qu'en cas d'encombrement de la chambre civile, cependant elle peut connaître des procès de cette nature en toute circonstance (ord. 24 septembre 1826). Aussi n'est-elle pas tenue d'énoncer dans ses motifs la raison pour laquelle elle a jugé ces affaires civiles.

Le premier président préside de droit la première chambre et a le droit de présider toutes les autres. Il doit même les présider au moins une fois par an (décret du 6 juillet 1810, art. 7); mais il semble bien que cette disposition n'a jamais été appliquée. Ses pouvoirs propres sont en général ceux que nous avons reconnus au président du tribunal, mais ils sont moins variés. Ainsi, il ne connaît pas en appel des référés qui vont à la chambre civile. Il a aussi un certain pouvoir de discipline et de surveillance sur les membres de la Cour; il répond les requêtes qui sont d'ailleurs très rares devant lui et n'ont en général pour objet que d'obtenir des abréviations de délai (décret du 30 mars 1808, art. 18). C'est encore lui qui statue sur les difficultés concernant la distribution des causes, sur les litispendances et connexités d'affaires portées devant deux chambres de la Cour (décret du 30 mars 1808, art. 25). Il connaît en appel des réclamations faites par un enfant à fin de modification ou de révocation de l'ordonnance du président du tribunal relative à son emprisonnement (art. 382 C. civ.). Il jouit d'un pouvoir de la plus haute gravité, mais dont il use très rarement : il a le droit de convoquer d'office l'assemblée des chambres pour délibérer sur les objets d'un intérêt commun à toutes les chambres ou sur des affaires d'ordre public dans le cercle des attributions de la Cour (décret du 6 juillet 1810, art. 62).

Un décret du 20 août 1899 confère au premier président de la Cour d'appel de Paris un droit spécial, celui de renvoyer les affaires civiles devant la chambre des mises en accusation.

Les cours d'appel jugent en second et dernier ressort les appels dirigés contre les jugements des tribunaux civils, contre les jugements des tribunaux de commerce, contre les sentences arbitrales, contre les ordonnances de référé. Nous verrons qu'elles ont aussi une certaine compétence en matière de règlement de juges (art. 363 C. pr.) et de prise à partie (art. 509 C. pr.).

Les cours d'appel tiennent des audiences ordinaires, des audiences solennelles et des assemblées générales. L'audience ordinaire exigeait autrefois la présence de sept conseillers au moins, mais ce nombre a été abaissé à cinq par la loi du 30 août 1883 qui a, en même temps, imposé aux cours d'appel, comme aux tribunaux d'arrondissement, l'obligation de siéger ou plus exactement de juger en nombre impair pour éviter les chances de partage. D'ailleurs, la loi établit un roulement entre les magistrats des cours d'appel comme entre ceux des tribunaux d'arrondissement. Ce roulement est aujourd'hui réglé par un arrêté du Président de la République du

12 juillet 1871 qui remet en vigueur l'ordonnance du 11 octobre 1820 (1).

Lorsqu'une chambre ne se trouve pas en nombre, on appelle pour la compléter un ou plusieurs conseillers d'une autre chambre ; à défaut de conseiller, un avocat dans l'ordre du tableau ; à défaut d'avocat, un avoué, également dans l'ordre du tableau (2). On discute sur le point de savoir s'il faut appeler le plus ancien des conseillers disponibles et le doute vient de ce que la loi ne le dit que pour le partage ; mais il semble bien être dans l'esprit de la loi d'exiger en appel, comme en première instance, qu'on suive l'ordre du tableau pour les conseillers ainsi que pour les avocats et les avoués. Le premier président, ayant le droit de siéger à toutes les chambres, peut naturellement venir pour en compléter une (3).

La loi a en outre organisé pour les cours d'appel des audiences solennelles où sont portées certaines affaires civiles d'une gravité particulière. On forme une audience solennelle par la réunion de deux chambres civiles ou, dans les cours d'appel qui ne comptent qu'une chambre civile, par l'adjonction de la chambre correctionnelle ; dans les cours qui n'ont qu'une chambre, l'audience solennelle se compose de neuf conseillers au moins (loi du 30 août 1883, art. 1er).

Le décret du 30 mars 1808, art. 22, veut qu'on porte à l'audience solennelle trois sortes d'affaires : d'abord les prises à partie ; ensuite les renvois après cassation par la cour suprême de l'arrêt de la cour d'appel qui a déjà statué sur l'affaire (voy. loi du 1er avril 1837, art. 3) ; enfin les procès relatifs aux questions d'état. Par exception, certaines questions d'état sont soumises à l'audience ordinaire : les homologations d'adoption, qui rentrent, on le sait, dans la juridiction gracieuse (art. 357 et 358 C. civ.) ; les demandes en divorce et en séparation de corps (loi du 6 février 1893, art. 248 C. civ.) ; les appels des jugements relatifs à l'état civil des citoyens (décret du 26 novembre 1899) ; les questions d'état urgentes (décret du 30 mars 1808, art. 22). Quant à savoir dans quels cas une affaire est urgente, c'est une pure appréciation de fait. Nous citerons à titre d'exemple la nomination d'un conseil judiciaire à un prodigue. Les questions d'état, accessoires à un autre procès, par exemple à une affaire de succession, se jugent à l'audience ordinaire (4). Le point de savoir si la question d'état est principale ou accessoire est également de pur fait (5). Il va sans dire que si une cour jugeait en audience solennelle une affaire qui ne comporte qu'une audience ordinaire ou réciproquement, il y aurait atteinte à une loi d'ordre public de l'organisation judiciaire et par cela même incompétence absolue (arg. du décret du 6 juillet 1810, art. 9) (6).

(1) Les différents textes qui ont successivement organisé le roulement sont les suivants : Décret du 30 mars 1808, art. 5, 6, 50, 52 ; décret du 6 juillet 1810, art. 15 à 17 ; ordonnance du 11 octobre 1820, art. 1 à 5 ; décret du 16 août 1859 ; décret du 28 mai 1862 ; décret du 21 février 1870 ; décret du 21 octobre 1870.

(2) Nous verrons qu'en cas de partage la loi ne permet pas d'appeler des avoués pour le vider en cour d'appel.

(3) Req., 20 décembre 1875 D. P. 76, 1, 157.

(4) Req., 6 janvier 1886, S. 86, 1, 197.

(5) Voy. cependant en sens contraire, Req. 28 nov. 1876, D. P. 77, 1, 367.

(6) Cass., 14 mars 1864, D. P. 64, 1, 154.

Enfin les cours d'appel tiennent des assemblées générales à huis clos, le plus souvent dans les mêmes circonstances que les tribunaux d'arrondissement et notamment : pour examiner les projets de loi qui leur sont soumis par le gouvernement; pour préparer les discours et adresses qui doivent être prononcés en leur nom dans diverses circonstances; pour l'examen des questions d'organisation intérieure; en matière disciplinaire. C'est aussi en assemblée générale que chaque cour d'appel, au commencement de l'année judiciaire et dans le mois qui suit la rentrée, désigne, après avoir entendu le procureur général, les docteurs en médecine auxquels elle confère le titre d'expert sur la proposition des tribunaux de son ressort. Il va sans dire que les cours ne peuvent juger aucune affaire en assemblée générale sous peine d'incompétence absolue.

Dans l'assemblée générale, chaque chambre doit être au complet du minimum de ses membres.

Le premier mercredi qui suit la rentrée, toute cour d'appel tient une assemblée générale qu'il ne faut pas confondre avec ce qu'on est convenu d'appeler l'audience solennelle de rentrée, sorte de cérémonie académique où un membre du ministère public donne lecture d'un discours.

Depuis un décret du 23 juin 1900, dont l'application se limite à la Cour d'appel de Paris, cette cour forme une assemblée des quatre premières chambres pour juger les appels des décisions des conseils de discipline des avocats, ainsi que les demandes en annulation de l'élection des bâtonniers ou des membres des conseils de discipline. Cette même assemblée reçoit le serment et procède à la réception des présidents, conseillers, avocats généraux, substituts du procureur général, ainsi que du greffier en chef. Elle arrête l'état des tribunaux où les avoués pourront jouir de la faculté de plaider et donne son avis dans tous les cas où la Cour est consultée à l'occasion des créations, translations ou suppressions d'offices ministériels ou de la cession de ces offices après destitution des titulaires. A la Cour d'appel de Paris, la désignation des docteurs en médecine auxquels elle confère le titre d'experts est également faite par cette assemblée composée des quatre premières chambres de la Cour (décret du 23 juin 1900).

## § 12. — Justices de paix.

Le nom de juge de paix a été emprunté à l'Angleterre et les plus originales des fonctions de ces magistrats l'ont été à certaines institutions du nord de la France et des Pays-Bas (1). Jusqu'à la loi du 29 ventôse an IX, le juge de paix était assisté de deux assesseurs dans chaque commune du canton où il siégeait. Cette loi a remplacé les assesseurs par des suppléants au nombre de deux dans chaque siège de justice de paix. Désormais, le juge de paix siégera seul assisté de son greffier. Il n'y a pas de ministère public auprès de lui en matière civile. En cas d'empêchement du juge de paix, il est remplacé par un de ses suppléants. Si les suppléants ne peuvent pas siéger, la partie

(1) Principales lois relatives aux juges de paix : Loi des 16-24 août 1790, tit. III ; loi du 29 ventôse an IX ; décret du 24 messidor an XII ; Code de procédure, art. 1 à 48 ; loi du 25 mai 1838 ; loi du 20 mai 1854 ; loi du 2 mai 1855.

la plus diligente s'adresse par requête au tribunal d'arrondissement pour obtenir l'indication d'un autre juge de paix du ressort (loi du 16 vendémiaire an XII). Le tribunal ne peut pas désigner un juge de paix d'un autre arrondissement ni décider d'une manière générale et réglementaire qu'en cas d'empêchement de tel juge de paix et de ses suppléants, ils seront toujours remplacés par tel autre juge de paix ; s'il agissait ainsi, il commettrait un véritable excès de pouvoir.

Les juges de paix et leurs suppléants sont nommés par décret du Président de la République et essentiellement amovibles. Comme on leur a donné un très large pouvoir au point de vue de l'application de la loi, puisqu'ils peuvent la violer sans encourir la censure de la Cour de cassation toutes les fois qu'ils statuent en dernier ressort, on a aussi estimé que pour prévenir et arrêter les abus de leur part, il convenait de les laisser sous la dépendance du gouvernement. Il est toutefois à désirer que celui-ci n'use pas de son droit de révoquer ou de changer les juges de paix pour des raisons étrangères au véritable esprit de la justice.

Avant d'entrer en fonctions, le juge de paix prête serment auprès du tribunal civil et il est ensuite installé par un de ses suppléants.

La loi tient à ce que sa juridiction soit d'un accès particulièrement facile. Aussi peut-il siéger tous les jours, même ceux de dimanches et fêtes ; il a même le droit de tenir audience chez lui en laissant les portes ouvertes ; la loi lui impose deux audiences au moins par semaine (art. 8 C. pr.).

D'après la loi du 29 ventôse an IX, les juges de paix doivent siéger au chef-lieu de canton, mais pour rendre leur accès plus facile et surtout donner satisfaction aux réclamations d'un grand nombre de communes de la banlieue de Paris, une loi du 21 mars 1896 a décidé que le Président de la République, par décret rendu en Conseil d'État, pourrait autoriser les juges de paix à tenir des audiences supplémentaires ou foraines dans des communes autres que les chefs-lieux de canton. Ces magistrats et leurs greffiers reçoivent alors, s'il y a lieu, une indemnité que la loi met à la charge des communes intéressées.

Dans les grandes villes, il y a souvent plusieurs justices de paix entre lesquelles se répartit le territoire ; à Paris, il y a un juge de paix par arrondissement. Les justices de paix siégeant dans les communes où il y a plusieurs juges de paix peuvent être réunies sous la juridiction d'un seul magistrat par décret portant règlement d'administration publique (loi de finance du 25 février 1901, art. 41).

Le titre de juge de paix honoraire peut être conféré par décret du Président de la République, sur le rapport du ministre de la justice, à tout juge de paix ou suppléant qui se retire après trente années de service et qui a bien mérité dans l'exercice de ses fonctions. Ce titre peut même être obtenu au bout de vingt ans, si le juge de paix ou son suppléant est obligé de se retirer pour cause d'infirmités graves et permanentes. Tout juge de paix honoraire continue à jouir des privilèges attachés à ses fonctions (loi du 12 juillet 1899).

Les juges de paix sont investis de fonctions multiples, mais nous ne nous attacherons qu'à celles qui concernent la justice civile.

En premier lieu, les juges de paix sont chargés de tenter la conciliation pour

tous les procès civils, aussi bien pour ceux qui sont de leur propre compétence que pour ceux qui sont de la compétence des tribunaux d'arrondissement.

En second lieu, les juges de paix connaissent des affaires civiles mobilières, depuis la somme la plus minime jusqu'à 100 francs en premier et dernier ressort et depuis 100 francs jusqu'à 200 francs de principal à charge d'appel au tribunal d'arrondissement. Ce principe comporte un grand nombre d'exceptions consacrées soit par la loi du 25 mai 1838, soit par des lois spéciales.

En tant qu'ils statuent en premier et dernier ressort, les juges de paix sont plutôt juges d'équité que juges de droit. Aussi leurs jugements échappent-ils à la censure de la Cour de cassation, même en cas de violation de la loi et sauf exception s'ils ont commis un excès de pouvoir (loi du 25 mai 1838, art. 15).

En troisième lieu, les juges de paix sont chargés d'un assez grand nombre d'actes de juridiction gracieuse, mais ils ne peuvent se permettre des actes de cette nature qu'en vertu de textes de loi précis et formels. On sait qu'en effet la juridiction gracieuse de droit commun appartient aux tribunaux d'arrondissement. En tant qu'ils exercent la juridiction gracieuse, les juges de paix dressent les actes de notoriété de ceux qui, voulant se marier, se trouvent cependant dans l'impossibilité, pour une cause quelconque, de se procurer leur acte de naissance (art. 70 C. civ.) ; ils reçoivent les contrats d'adoption (art. 353 C. civ.) ; ils convoquent et président les conseils de famille (art. 406, 421, 424, etc. C. civ.) ; ils reçoivent la déclaration par laquelle le survivant des époux nomme un tuteur testamentaire à ses enfants (art. 398 C. civ.). C'est devant le juge de paix que les père et mère font les déclarations relatives à l'émancipation de leurs enfants (art. 477 C. civ.) ; il reçoit la nomination du conseil que le père peut donner à la mère survivante (art. 392 C. civ.) ; il reçoit l'acte instrumentaire nécessaire pour établir une tutelle officieuse (art. 363 C. civ.) ; il donne acte des reconnaissances d'enfant naturel, mais seulement lorsqu'il siège au bureau de conciliation ou qu'il préside un conseil de famille ; il peut recevoir les testaments privilégiés (art. 985 et 986 C. civ.).

En quatrième lieu, les juges de paix sont chargés de fonctions administratives assez variées. Ils connaissent des contestations relatives à l'application des tarifs d'octroi et à la quotité de ces droits (loi du 2 vendémiaire an VIII, art. 1), des procès concernant les tarifs de douane, la validité des saisies pratiquées dans les bureaux de douane, des oppositions faites à l'exercice des employés (loi des 6-22 août 1791, tit. XIII, art. 14 ; loi du 14 fructidor an III, art. 10 ; loi du 9 floréal an VII, art. 6). C'est devant eux que sont portées en appel les décisions municipales en matière d'inscription ou de radiation d'individus omis ou indûment inscrits sur les listes électorales (décret du 2 février 1852, art 22). On peut rattacher au même ordre d'attributions la loi du 25 novembre 1887 qui donne aux juges de paix compétence pour statuer sur les difficultés qui s'élèvent en matière de funérailles.

En cinquième lieu, les juges de paix sont officiers de police judiciaire et en cette qualité ils agissent souvent comme auxiliaires du ministère public ou comme délégués du juge d'instruction.

En dernier lieu, les juges de paix ont reçu d'importants pouvoirs en matière de législation du travail. Lorsqu'il se produit un différend d'ordre collectif entre patrons, ouvriers ou employés sur les conditions du travail, il peut être soumis à un comité de conciliation ; à défaut d'entente dans ce comité, à un conseil d'arbitrage. La procédure de ces affaires a lieu par intermédiaire et sous la surveillance du juge de paix ; de même, en cas de grève, ce magistrat peut intervenir d'office à défaut d'initiative de la part des intéressés pour mettre ceux-ci en demeure d'accepter ou de refuser la conciliation et l'arbitrage (loi du 27 décembre 1892). De même encore, le maire doit transmettre au juge de paix la déclaration du patron avec le certificat médical, toutes les fois qu'un ouvrier a été victime d'un accident qui a causé une incapacité de travail. Le juge de paix procède à une enquête conformément aux articles 35 et suivants Code de procédure. Les contestations entre les victimes d'accidents et les chefs d'entreprises, relatives aux frais funéraires, aux frais de maladie ou aux indemnités temporaires sont jugées en dernier ressort par le juge de paix du canton où l'accident s'est produit à quelque chiffre que la demande puisse s'élever. Quant aux autres indemnités, elles sont portées en conciliation devant le président du tribunal et, à défaut d'accord, elles sont renvoyées au tribunal et jugées comme matières sommaires, mais à charge d'appel suivant le droit commun, sauf exception, quant au délai, qui est limité à quinze jours (loi du 15 avril 1898). On peut rapprocher de ces dispositions la loi du 1er avril 1898 qui donne compétence aux juges de paix pour statuer sur les contestations relatives à la validité des opérations électorales dans les sociétés de secours mutuels, sans forme de procédure, sur simple avertissement, en dernier ressort, mais à charge de pourvoi en cassation dans les dix jours de la notification de la décision.

### § 13. — Conseils de prud'hommes.

Le législateur préparant en ce moment la réforme de cette juridiction, tout ce qui la concerne est reporté à la fin de l'ouvrage où on lui consacrera un appendice spécial.

### § 14. — Tribunaux de commerce.

Les tribunaux de commerce ont été établis pour statuer sur les contestations qui naissent des actes de commerce, soit entre commerçants, soit même entre non-commerçants (1). On a vu que les tribunaux de commerce furent maintenus par la loi des 16-24 août 1790. Ce fut une des rares juridictions de l'ancienne France qui furent conservées presque à l'unanimité par une loi du 27 mai 1790. Seulement, les élections des juges consulaires furent désormais faites au suffrage universel des commerçants établis dans la ville (loi des 16-24 août 1790, tit. XII, art. 7). Ces dispositions restèrent

(1) Principaux textes relatifs à ces tribunaux : décret du 6 octobre 1809 ; Code de procédure, liv. II, tit. XXV ; Code de commerce, liv. IV ; décret du 28 août 1848 ; décret du 2 mars 1852 ; loi des 21-28 décembre 1871 ; loi du 5 décembre 1876 ; loi du 26 janvier 1877 ; loi du 8 décembre 1883 ; loi du 18 juillet 1829.

en vigueur jusqu'au Code de commerce. Il fut alors reconnu que le suffrage universel des commerçants présentait les plus graves dangers pour l'élection des juges consulaires. D'abord, il a le tort de donner à ces élections un caractère politique; ensuite, il charge les commerçants d'une mission qu'ils sont presque tous incapables de remplir, celle de choisir parmi eux ceux qui se distinguent par la dignité de leur caractère et par la connaissance des affaires et de la loi. Or, si chacun peut avoir une opinion politique pour le choix d'un député, il en est tout autrement lorsqu'il s'agit de nommer un juge. Aussi le Code de commerce (art. 618 et 619) voulut qu'à l'avenir les membres des tribunaux de commerce fussent élus par une assemblée de commerçants notables; la liste était dressée par le préfet qui choisissait parmi les commerçants de l'arrondissement et sauf approbation du ministre de l'intérieur. Le nombre des électeurs ne pouvait être inférieur à vingt-cinq dans les villes de quinze mille âmes ou moins; dans les autres villes, il devait être augmenté d'un électeur pour mille âmes. Ce système se rapprochait assez sensiblement de l'édit de 1563, avec cette différence cependant que la liste des notables, au lieu d'être dressée, comme autrefois, par les tribunaux consulaires, l'était par le préfet, innovation bien conforme à l'esprit des institutions impériales. Ce régime ne subit aucune modification sérieuse jusqu'à la révolution de 1848; on ne peut relever qu'une ordonnance du 6 avril 1834 qui substitua le ministre du commerce au ministre de l'intérieur pour l'approbation des listes de notables dressées par les préfets. La République de 1848, par un décret-loi du 28 août de cette année, décida qu'on en reviendrait au suffrage universel des commerçants français, patentés depuis cinq ans au moins et domiciliés depuis deux ans au moins dans le ressort du tribunal. Ce n'était donc plus seulement les commerçants de la ville où siégeait le tribunal qui étaient électeurs, comme sous la Constituante, mais tous ceux de l'arrondissement. Sous le second Empire, un décret du 2 mars 1852 abrogea celui de 1848 et remit en vigueur le système du Code de commerce, c'est-à-dire l'élection par les notables dont le préfet dressait la liste. On lit dans l'exposé des motifs écrit en tête de ce décret : « Le mode d'élection des juges des tribunaux de commerce, établi par la loi du 28 août 1848, a fait naître de sérieuses difficultés qui ont souvent empêché ou au moins retardé le renouvellement de ces tribunaux. Loin d'accroître le nombre des votants, il l'a réduit dans de si étroites limites que dans certaines localités il ne s'est pas présenté assez d'électeurs pour composer le bureau électoral et que, dans d'autres, les juges élus ont refusé un mandat dont ils ne se trouvaient pas suffisamment investis. Des intérêts étrangers à ceux de la justice et du commerce n'ont que trop souvent dicté les choix d'une faible minorité d'électeurs. » Ces observations sont d'autant plus remarquables qu'elles émanent d'un législateur qui faisait du suffrage universel la base essentielle des institutions impériales.

Pendant le siège de Paris, deux décrets-lois furent rendus, l'un par le gouvernement resté dans la capitale, le second par la délégation de Tours. Le gouvernement de Paris, le 16 novembre 1870, décidait à titre de mesure provisoire que les juges du tribunal de la Seine actuellement en fonctions y resteraient jusqu'à ce qu'il fût autrement statué; mais la délégation de

Tours, dès le 18 octobre 1870, avait établi tout un nouveau système d'élection, qui ne fut pas appliqué, car une loi des 4-9 avril 1871 l'abrogea et ajouta que les juges en fonctions y resteraient jusqu'au vote d'une loi nouvelle.

Cette loi fut celle des 21-28 décembre 1871. Le législateur de ce temps estima que le système de l'élection par les notables n'était pas démocratique, opinion très contestable et, par des raisons singulièrement puériles, au lieu de rétablir le suffrage universel, on se borna à remplacer les notables par des commerçants recommandables. Ce n'était qu'un changement de mots. Ce qui valait mieux, c'était d'enlever au préfet le droit de dresser la liste; cette mission fut confiée à une commission spéciale composée de personnes présentant toutes les garanties désirables : le président du tribunal de commerce, un juge de ce tribunal, le président et un membre de la chambre de commerce, trois conseillers généraux, les présidents des conseils de prud'hommes, le maire de la ville où siège le tribunal. Le nombre des électeurs devait être égal au dixième des commerçants, sans pouvoir jamais être inférieur à cinquante ni supérieur à mille; à Paris, il était de trois mille. Pour pouvoir être électeur, il fallait, sauf certaines exceptions, être commerçant, inscrit à la patente. Tous les électeurs étaient éligibles sous la triple condition d'avoir atteint l'âge de trente ans, d'être patentés depuis cinq ans et d'être actuellement domiciliés dans l'arrondissement.

Le régime organisé par cette loi était tout à fait sage : on n'en revenait pas au système du suffrage universel et cependant le nombre des électeurs était un peu élargi et l'intervention politique du préfet était supprimée. Néanmoins, sous l'empire de préoccupations étrangères aux intérêts de la justice et malgré les bons résultats obtenus par la loi en vigueur, une loi du 8 décembre 1883 en est revenue au système du suffrage universel des commerçants patentés depuis cinq ans au moins et domiciliés depuis cinq ans au moins dans le ressort du tribunal (1). L'art. 1er de la loi leur assimile certaines personnes dont il donne l'énumération et l'article suivant fait connaître les commerçants qui, pour cause d'indignité, sont privés de ce droit d'élection. Une loi du 23 janvier 1898 a même singulièrement augmenté encore le nombre des électeurs en y comprenant les femmes commerçantes sous les mêmes conditions que les hommes et avec cette différence qu'elles ne sont pas éligibles.

La liste des électeurs est dressée tous les ans pour chaque commune par le maire assisté de deux conseillers municipaux désignés par le conseil dans la première quinzaine de septembre. Le maire adresse la liste au préfet (ou au sous-préfet) qui fait déposer la liste générale de l'arrondissement au greffe du tribunal de commerce et la liste spéciale de chaque canton au greffe de sa justice de paix trente jours au moins avant l'élection. Pendant les quinze jours qui suivent le dépôt, tout électeur et même tout commerçant patenté qui n'est pas électeur peut exercer ses réclamations, soit qu'il se plaigne d'avoir été indûment omis, soit qu'il demande la radiation d'un citoyen

(1) Pour être électeur, il faut donc être commerçant et il ne suffit pas de payer patente. Les architectes, par exemple, sont assujettis à la patente, aussi ne peuvent-ils pas prendre part aux élections consulaires. Civ. cass., 14 décembre 1897, D. P. 1900, 1, 584.

indûment inscrit. Ces réclamations sont portées devant le juge de paix du canton par simple déclaration au greffe de la justice de paix du domicile de l'électeur dont la qualité est mise en question. Le juge de paix statue dans les dix jours, sans frais, sur simple avertissement préalable qu'il donne à toutes les parties intéressées. Sa décision n'est susceptible ni d'opposition ni d'appel, mais elle peut être attaquée dans les dix jours de sa notification par le pourvoi en cassation, dans tous les cas par ceux qui y ont été partie et même par tout électeur dans le seul cas où le jugement a ordonné l'inscription d'une personne qui ne figurait pas sur la liste.

Les élections ont lieu par canton, dans une assemblée électorale convoquée par le préfet, dans la première quinzaine de décembre au plus tard; elles se font chaque année, les juges étant élus pour deux ans et renouvelables annuellement par moitié. L'assemblée électorale est présidée par le maire ou son délégué assisté de quatre électeurs qui sont les deux plus âgés et les deux plus jeunes des membres présents (loi du 8 décembre 1883, art. 3 à 8, art. 9).

Le président est élu au scrutin individuel; les juges titulaires et suppléants au scrutin de liste. Pour être élu, il faut obtenir au premier tour la majorité des suffrages exprimés et à la condition que cette majorité soit égale au quart des électeurs inscrits. Lorsque le premier tour ne donne pas de résultat pour tous les juges à élire, un scrutin de ballottage a lieu quinze jours après et la majorité relative suffit alors, quel que soit le nombre de suffrages (loi du 8 décembre 1883, art. 10).

Tous les électeurs sont éligibles aux fonctions de président, de juge et de suppléant, pourvu qu'ils soient du sexe masculin et âgés de trente ans (loi du 8 décembre 1883, art. 8; loi du 23 janvier 1898).

Un commerçant qui réunirait toutes les conditions pour être inscrit sur la liste électorale et qui cependant n'y figurerait pas pour une cause quelconque, ne pourrait pas être élu, parce qu'il ne serait pas électeur (1). On peut aussi élire les anciens commerçants français qui ont exercé leur profession pendant cinq ans au moins dans l'arrondissement et qui y résident au moment de l'élection.

Toutefois, nul ne peut être élu président s'il n'a exercé pendant deux ans les fonctions de juge titulaire et nul ne peut être nommé juge s'il n'a été suppléant pendant un an (loi du 8 décembre 1883, art. 8). Ces dernières conditions ne s'appliquent pas lorsqu'il s'agit d'élections à un tribunal de création nouvelle.

Le président de chaque assemblée proclame le résultat de l'élection et transmet immédiatement au préfet le procès-verbal des opérations. Dans les vingt-quatre heures de la réception des procès-verbaux, le résultat général de l'élection de chaque ressort est constaté par une commission composée conformément à l'art. 11.

Dans les cinq jours de l'élection, tout électeur a le droit d'élever des réclamations sur la régularité et la sincérité des opérations, et le même droit

(1) Civ. rej., 22 mars 1899, D. P. 99, 1, 168. Jugé que les cinq années d'inscription à la patente requises pour l'éligibilité doivent être ininterrompues. Civ. rej., 28 novembre 1898, D. P. 1900, 1, 340.

appartient au procureur général pendant les cinq jours qui suivent celui où il a reçu le procès-verbal des élections. Ces réclamations sont communiquées aux citoyens dont l'élection est attaquée et la loi leur reconnaît le droit d'intervenir dans les cinq jours de la communication (loi du 8 décembre 1883, art. 11).

Ces différends sont jugés sommairement et sans frais dans les quinze jours par la cour d'appel. Celle-ci ne peut prononcer la nullité totale ou partielle de l'élection que dans trois cas : si les formes prescrites par la loi n'ont pas été observées; si le scrutin n'a pas été libre ou a été vicié par des manœuvres frauduleuses; si un ou plusieurs des élus sont frappés d'incapacité (loi du 8 décembre 1883, art. 12).

L'arrêt de la cour d'appel n'est pas susceptible d'opposition, mais il peut être attaqué par le pourvoi en cassation dans les dix jours de sa signification. Le pourvoi est suspensif et est déféré directement à la chambre civile, qui statue sans frais ni consignation d'amende; la constitution d'avocat n'est pas obligatoire pour les parties.

Cette loi du 8 décembre 1883 a donné les résultats qu'on en attendait : dans maintes localités, les électeurs s'abstiennent de prendre part au vote, reconnaissant ainsi eux-mêmes qu'ils ne sont pas en état de discerner quels sont les commerçants les plus capables au point de vue judiciaire; dans les localités où le nombre des électeurs prenant part au vote est plus élevé, les élections présentent un caractère politique.

Tous les membres des tribunaux de commerce sont élus pour deux ans et renouvelés chaque année par moitié. Ceux qui sortent de charges peuvent être immédiatement réélus pour une nouvelle période de deux années, ensuite ils ne sont éligibles qu'après un an d'intervalle (loi du 3 mars 1840, art. 6; art. 623 C. com.). Toutefois, le président, quel que soit au moment de son élection le nombre de ses années de judicature comme juge titulaire, peut toujours être élu pour deux années, à l'expiration desquelles il peut encore être réélu pour une seconde période de même durée (loi du 8 décembre 1883, art. 13). D'un autre côté, lorsqu'un membre est élu en remplacement d'un autre par suite de décès ou pour toute autre cause, il ne demeure en exercice que pendant la durée du mandat confié à son prédécesseur (loi du 3 mars 1840, art. 3; art. 623 C. com.).

Avant d'entrer en fonctions, les élus, sur l'invitation du procureur général, prêtent serment à la cour d'appel; mais si la Cour ne siège pas dans l'arrondissement où est établi le tribunal de commerce, la loi permet aux nouveaux élus, pour leur éviter un déplacement, de demander à la Cour qu'elle commette le tribunal civil de l'arrondissement à l'effet de recevoir leur serment (loi du 8 décembre 1883, art. 18).

Les juges titulaires et suppléants prennent rang entre eux d'après l'ancienneté, c'est-à-dire par le nombre des années de judicature, avec ou sans interruption. Quant aux juges élus pour la première fois et par le même scrutin, ils se classent entre eux d'après le nombre des voix qu'ils ont obtenues; en cas d'égalité de suffrage, la priorité appartient au plus âgé (loi du 8 décembre 1883, art. 15).

Le pouvoir législatif a délégué au pouvoir exécutif le droit de créer et de

supprimer les tribunaux de commerce (art. 615 C. com.). En principe, tout tribunal de commerce a l'arrondissement pour ressort, mais parfois, à raison du développement exceptionnel du commerce ou de l'industrie dans la région, un arrondissement comprend plusieurs tribunaux de commerce et alors le décret de création de chacun d'eux détermine leurs ressorts respectifs (art. 616 C. com.).

Tout tribunal de commerce comprend un président, deux juges titulaires au moins et deux juges suppléants. Le nombre des juges et suppléants est fixé, pour chaque tribunal de commerce, par un règlement d'administration publique (loi du 18 juillet 1889; art. 617 C. com.).

Il n'y a pas de ministère public près les tribunaux de commerce. Toutefois, chacun d'eux possède un greffier propriétaire de sa charge et le tribunal de commerce désigne pour son service un certain nombre d'huissiers (art. 624 C. com.; décret du 24 mai 1854).

Pour que l'audience soit valablement constituée, il faut la présence de trois juges au moins et parmi eux doit nécessairement siéger un juge titulaire. L'audience ne serait donc pas valablement formée par trois juges suppléants (loi du 8 décembre 1883, art. 15).

Lorsque, par suite de récusations ou d'empêchements, il ne reste pas un nombre suffisant de juges ou de suppléants, le président tire au sort, en séance publique, les noms des juges complémentaires pris dans une liste dressée annuellement par le tribunal. Cette liste ne doit comprendre que des éligibles ayant leur résidence dans la ville ou, en cas d'insuffisance, des électeurs ayant également leur résidence dans cette ville. Elle comprend cinquante noms à Paris; vingt-cinq noms pour les tribunaux de neuf membres; quinze noms pour les autres tribunaux. Les juges complémentaires sont appelés dans l'ordre fixé par un tirage au sort fait en séance publique par le président du tribunal entre tous les noms de la liste (loi du 8 décembre 1883, art. 16) (1).

La loi interdit le ministère des avoués devant les tribunaux de commerce, en ce sens que toute personne peut se présenter elle-même au tribunal ou envoyer à sa place un mandataire capable. Rien ne s'oppose à ce que les avoués soient choisis comme mandataires, mais ils se présentent alors avec cette dernière qualité et non comme officiers ministériels. Le mandataire doit être assisté du mandant ou présenter au greffier, avant l'appel de la cause, un pouvoir écrit régulier qui peut d'ailleurs être donné au bas de l'original ou de la copie. Seuls, les huissiers sont déclarés incapables de se présenter pour autrui devant les tribunaux de commerce, sous peine d'une amende de 25 à 50 fr., prononcée sans appel par le tribunal et sans préjudice des peines disciplinaires (art. 627 C. com.).

Ainsi constitués, les tribunaux de commerce sont placés sous la surveillance du ministre de la justice; mais cette surveillance ne s'exerce que d'une manière très imparfaite et, à vrai dire, le pouvoir disciplinaire n'existe pas contre les juges consulaires. C'est aux électeurs qu'il appar-

(1) Pour les règles spéciales aux élections des villes de Paris et de Lyon, voy. la loi du 8 décembre 1883, art. 17

tient de ne pas réélire les juges qui paraissent incapables ou indignes.

Les tribunaux de commerce ne tiennent que des audiences ordinaires, au nombre de trois juges au moins, mais la loi du 30 août 1883, qui oblige les tribunaux d'arrondissement et les cours d'appel à siéger en nombre impair, ne leur est pas applicable.

Ces justices consulaires ne sont pas non plus divisées en chambres. Seul le tribunal de commerce de la Seine comprend deux sections (décret du 6 octobre 1809, art. 5), qu'on appelle le grand et le petit rôle.

Le président du tribunal de commerce remplit un certain nombre de fonctions spéciales : il préside les audiences et exerce les pouvoirs de police attachés à cette présidence; il arrête l'ordre du service entre les membres du tribunal; il répond les requêtes, qui sont d'ailleurs assez rares et ont le plus souvent pour objet d'obtenir l'autorisation soit d'assigner de jour à jour ou d'heure à heure, soit de pratiquer saisie conservatoire; il légalise les signatures des membres du tribunal, du greffier, des huissiers; il nomme des experts dans certains cas prévus par des lois spéciales (art. 106 C. com.; décret du 7 brumaire an IX, art. 2; décret du 11 janvier 1809, art. 56; décret du 23 mai 1863, art. 1; décret du 24 décembre 1874, art. 1).

Les tribunaux de commerce jugent toutes les contestations qui naissent des actes de commerce, depuis la somme la plus minime jusqu'à 1500 francs de principal sans appel, et à charge d'appel à la Cour au delà de cette somme (art. 631 et suiv. C. com.; loi du 3 mars 1840; loi du 17 juillet 1856; loi du 7 juin 1894). On voit par là qu'en matière commerciale la loi a complètement exclu la juridiction des juges de paix.

Dans les arrondissements où il n'existe pas de tribunal de commerce, le tribunal civil en tient lieu; mais il doit alors instruire et juger avec la forme et la procédure commerciales (art. 640 et 641 C. com.), notamment sans le ministère des avoués. On en a conclu qu'en pareil cas la présence du ministère public n'est pas nécessaire à l'audience. C'est là, à notre avis, une erreur, car il ne s'agit plus d'une question de procédure, mais d'une question d'organisation judiciaire et pour qu'un tribunal d'arrondissement soit valablement constitué, la loi exige toujours la présence du ministère public, sans distinguer entre les affaires commerciales et les affaires civiles (1).

## § 15. — Cour de cassation.

Nous avons vu comment la Cour de cassation fut créée par l'Assemblée constituante et réorganisée par le Directoire sous le nom de tribunal de cassation (2). Cette juridiction est d'une nature toute spéciale, à la fois la

(1) En ce sens : Poitiers, 7 janvier 1856, D. P. 56, 2, 84 ; *contra*, Cass. 21 avril 1846, D. P. 46, 1, 132.

(2) Principaux textes relatifs, à la Cour de cassation : règlement du 28 juin 1738; loi des 27 novembre-1er décembre 1790; loi du 19 juillet 1793; loi du 1er frimaire an II; loi du 2 brumaire an IV; loi du 27 ventôse an VIII; sénatus-consulte du 16 thermidor an X; sénatus-consulte du 28 floréal an XII; ordonnance du 15 février 1815; ordonnance du 15 janvier 1826; loi du 1er avril 1837; ordonnance du 18 juillet 1846; loi du 11 juin 1859; loi du 2 juin 1862; loi du 30 août 1883.

plus haute et la plus limitée : la Cour de cassation doit annuler pour violation de la loi toutes les décisions en dernier ressort qui lui sont déférées, mais elle ne juge pas en fait et elle doit accepter les faits de la cause tels qu'ils lui sont révélés par les qualités du jugement ou de l'arrêt attaqué. Elle ne forme donc pas, comme on le voit, un degré de juridiction et elle n'a pas non plus plénitude de juridiction ; aussi ne peut-elle pas, lorsqu'elle casse, remplacer la décision annulée par une autre; elle doit renvoyer l'affaire devant une juridiction identique à celle qui avait précédemment statué.

La Cour de cassation se divise, depuis la loi du 2 brumaire an IV, en trois sections ou chambres : chambre des requêtes, chambre civile, chambre criminelle. Celle-ci connaît directement des pourvois en matière répressive. En matière civile, le pourvoi est d'abord porté à la chambre des requêtes, chargée de rechercher s'il est ou n'est pas sérieux; s'il est sérieux, la chambre des requêtes rend un arrêt non motivé d'admission et l'affaire passe à la chambre civile qui statue définitivement sur la violation de la loi. Si le pourvoi n'est pas sérieux, la chambre des requêtes rend un arrêt motivé de rejet et la décision attaquée reste définitivement debout.

La Cour de cassation comprend un premier président, trois présidents de chambre, quarante-cinq conseillers, quinze par chambre, tous inamovibles. Le ministère public est représenté par un procureur général et par six avocats généraux. Il y avait autrefois parmi ces derniers, comme parmi les avocats généraux des cours d'appel, un premier avocat général. Mais ce titre et ces fonctions ont été supprimés pour les cours d'appel par un décret du 16 novembre 1870 et pour la Cour de cassation par un décret du 22 novembre 1890. Les officiers du ministère public de la Cour de cassation sont amovibles comme les autres. Il y a aussi un greffier en chef et quatre commis greffiers. Une corporation spéciale d'avocats désignés sous le nom d'avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation est établie auprès de la Cour suprême. Ces avocats diffèrent des autres en ce qu'ils sont officiers ministériels, par cela même en nombre limité; ils réunissent sur leur tête les professions d'avocat et d'avoué.

Il faut la présence de onze conseillers au moins pour qu'une chambre soit valablement constituée. En cas d'empêchement, on appelle un ou plusieurs conseillers d'une autre chambre dans l'ordre du tableau. Les arrêts sont rendus à la majorité absolue, mais, par une remarquable dérogation au droit commun, les conseillers opinent par ordre d'ancienneté. La loi du 30 août 1883, qui oblige les cours d'appel et les tribunaux d'arrondissement à siéger en nombre impair, ne s'applique pas à la Cour de cassation. En cas de partage, on appelle, pour le vider, cinq conseillers pris d'abord dans la chambre où s'est produit le partage, puis dans les autres chambres, suivant l'ordre du tableau.

Pendant les vacances, les affaires ressortissant à la chambre civile ou à celle des requêtes sont envoyées à la chambre criminelle qui fait office de chambre de vacation (ord. du 15 janvier 1826, art. 64, 66, 67).

Le premier président est aussi chargé, comme dans les cours d'appel, de fonctions spéciales : il préside la chambre civile où il siège ordinairement,

ainsi que la chambre du conseil, les chambres réunies et les assemblées générales (ord. du 15 janvier 1826, art. 28); il a les pouvoirs attribués à quiconque préside un corps judiciaire (ord. 15 janvier 1826, art. 80); il répond les requêtes relatives à la procédure de la Cour de cassation; il a le droit d'avertir les membres de la Cour qui compromettent la dignité de leur caractère; c'est lui qui leur délivre des congés (ord. du 15 janvier 1826, art. 51 et suiv.). Il ne peut pas être question de référé et, quant à la distribution des causes entre les différentes chambres, elle est faite par la loi elle-même. En cas d'absence ou d'empêchement du premier président, il est remplacé par le plus ancien des présidents de chambre, sauf à la chambre civile où c'est de droit le président de cette chambre qui prend sa place (ord. du 15 janvier 1826, art. 28 et 80).

Le roulement n'est pas en usage à la Cour de cassation, quoique l'article 66 de la loi du 27 ventôse an VIII qui l'y organise n'ait jamais été abrogé et ait même été observé jusqu'en 1815. On a dit que l'ordonnance du 15 janvier 1826, qui régit aujourd'hui le service de la Cour suprême, tolère par son silence cette dérogation à la loi antérieure. Ce qui est plus décisif, c'est qu'il n'y a aucune raison pour établir le roulement à la Cour de cassation; les conseillers se perfectionnent à un plus haut degré encore en statuant toujours sur les affaires de même nature et au seul point de vue de l'exacte application de la loi.

La Cour de cassation tient aussi des audiences solennelles et des assemblées générales. Les audiences solennelles exigent la présence des trois chambres et chacune d'elles doit compter au moins onze conseillers, soit en tout trente-trois conseillers au minimum, plus le premier président (1). On porte en audience solennelle les seconds pourvois en cassation; ils supposent en effet que la seconde cour d'appel à laquelle l'affaire a été renvoyée par la chambre civile de la Cour de cassation a statué dans le même sens que la première et, comme il s'élève ainsi un véritable conflit, il est nécessaire que la seconde fois la Cour de cassation statue en audience solennelle, toutes chambres réunies, d'autant plus que son arrêt, quant au point de droit, sera obligatoire pour la troisième cour de renvoi (loi du 1er avril 1837). C'est aussi en audience solennelle que la Cour de cassation connaît des prises à partie (art. 509 C. pr.).

La Cour de cassation tient enfin des assemblées générales qui portent sur les mêmes objets que celles des cours d'appel. C'est en assemblée générale qu'elle discute les projets de loi qui lui sont soumis par le gouvernement, qu'elle règle toutes les questions intérieures, qu'elle examine les projets de cession d'offices, etc. Ces assemblées générales, à la différence des audiences solennelles, se tiennent à huis clos.

Nous constaterons bientôt que la Cour de cassation constitue le conseil supérieur de la magistrature au point de vue disciplinaire, et elle exerce aussi ce pouvoir en assemblée générale à huis clos.

(1) Mais il ne suffirait pas qu'il y eût trente-trois conseillers; il faut encore que chaque chambre soit au complet de son minimum, et, par exemple, l'assemblée générale ne serait pas valablement tenue s'il y avait dix conseillers d'une chambre, onze d'une autre et douze de la troisième, bien que le total donnât trente-trois conseillers.

Le législateur lui-même a fait appel à son esprit de justice et à sa science en décidant que la Cour de cassation aurait le droit et le devoir d'envoyer chaque année au gouvernement une députation pour lui signaler les réformes que peuvent comporter les lois (loi des 27 nov.-1er déc. 1790, tit. I, art. 24 ; Const. du 3 sept. 1791, tit. III, chap. v, art. 22 ; Const. du 5 fructidor an III, art. 257 ; loi du 27 ventôse an VIII, art. 86). Il est fâcheux que cette règle si sage et plusieurs fois renouvelée soit tombée en désuétude. Les arrêts de la Cour de cassation rendent sans doute les plus grands services en comblant les lacunes de la loi et en donnant à la jurisprudence une certaine fixité, mais parfois, cependant, la Cour de cassation varie elle-même dans sa doctrine. Il serait essentiel que dans ces circonstances elle provoquât une loi nouvelle.

# CHAPITRE III

## MEMBRES ET AUXILIAIRES DE LA JUSTICE CIVILE.

### § 16. — Juges et conseillers.

Dans un sens tout à fait large, on entend par magistrat tout officier civil qui participe à la justice, à la police ou à l'administration. Dans un second sens déjà moins étendu, les magistrats sont les membres de l'ordre judiciaire, juges ou officiers du ministère public. Enfin, dans le sens le plus étroit, les magistrats sont les juges et conseillers des différentes juridictions. Le mot juge est aussi pris dans cette dernière acception, mais lorsqu'on l'oppose à conseiller il ne désigne plus que les juges des tribunaux inférieurs.

Pour pouvoir être juge ou conseiller, il faut évidemment avoir la qualité de citoyen français jouissant de ses droits civils et politiques. La loi n'a même pas pris la peine de le dire, car c'est le droit commun pour toutes les fonctions publiques. Ainsi, on ne saurait admettre aux fonctions de juge les étrangers même admis à établir leur domicile en France, les dégradés civiquement (art. 34 C. pén.), les accusés ou condamnés par contumace (art. 465 C. inst. crim ; art. 28 C. pén.), les condamnés auxquels on applique l'article 42 du Code pénal. Si un magistrat encourait une de ces peines au cours de ses fonctions, il en serait, par cela même, déchu de plein droit.

Pour pouvoir entrer dans la magistrature, il faut avoir obtenu le grade de licencié en droit et avoir suivi le barreau pendant deux ans au moins (loi du 20 avril 1810, art. 64). Il est aussi nécessaire d'avoir atteint un certain âge qui varie suivant les fonctions. Les magistrats sont nommés par le Président de la République sans concours ni examen préalable. On a souvent demandé l'établissement d'un concours, et un décret du 29 mai 1876 avait introduit ce système pour les attachés de la chancellerie et des parquets, mais il n'a été appliqué qu'un instant. Il semble pourtant que le régime du concours, qui donne de si remarquables résultats au Conseil d'État, pourrait s'appliquer à la magistrature.

Les fonctions de juge et celles d'officier du ministère public sont, en principe, comme dans notre ancien droit, incompatibles avec toutes autres fonctions publiques et il n'y a même plus aujourd'hui comme autrefois de lettres de compatibilité pour les lever. Les lois d'incompatibilité étant de droit étroit doivent s'interpréter restrictivement. Ainsi un magistrat ne peut pas cumuler ses fonctions avec celles de préfet, sous-préfet, conseiller de préfecture, maire, adjoint, notaire, officier ministériel, fonctionnaire d'une administration de l'État, comptable de deniers publics, conseiller d'État loi du 24 vendémiaire an III, tit. I). La nomination à de secondes fonctions publiques incompatibles avec les premières et la prestation de serment entraînent démission des premières. Les fonctions de magistrat sont aussi incompatibles avec le ministère ecclésiastique, à la différence de ce qui avait lieu autrefois (loi des 2-11 sept. 1790 ; loi du 25 ventôse an XI, art. 7), et avec l'exercice de la profession d'avocat (ord. du 20 novembre 1822), sauf exception pour les juges suppléants non rétribués qui peuvent aussi être avoués; au contraire, les fonctions de la magistrature peuvent être cumulées avec celles de professeur titulaire, ou adjoint, ou agrégé des Facultés de droit. L'incompatibilité autrefois consacrée par la déclaration du 6 août 1682 (art. 197), et par la loi des 2-11 septembre 1790 a été tacitement abrogée par la loi du 22 ventôse an XII qui rétablit les Facultés de droit, et, en effet, le décret organique de l'Université du 17 mars 1808 permet aux membres de l'Université d'accepter des fonctions publiques avec l'autorisation du grand-maître. La loi du 24 vendémiaire an III, tit. IV, art. 1er, qui déclare les fonctions d'instituteur salariées par la nation, incompatibles avec toute autre fonction publique, ne saurait s'appliquer aux professeurs des Facultés de droit, par la raison bien simple qu'ils n'existaient pas au moment de cette loi.

Les fonctions judiciaires ne sont pas non plus incompatibles avec celles de membres du conseil général, du conseil d'arrondissement et du conseil municipal. Toutefois, les juges titulaires et les suppléants rétribués des tribunaux d'arrondissement ne peuvent pas être membres du conseil général, du conseil d'arrondissement ou d'un conseil municipal de leur ressort (loi du 22 juin 1833, art. 23; loi du 10 août 1871, art. 8; loi du 24 février 1875, art. 7; loi du 2 août 1875, art. 20; loi du 5 août 1884, art. 33). Les membres titulaires des tribunaux de première instance et les suppléants rétribués ne peuvent pas non plus être élus députés dans leur ressort, mais ils sont éligibles ailleurs, sauf à eux à opter entre le mandat de député et les fonctions de magistrat. Tout magistrat élu député est remplacé dans ses fonctions si, dans les huit jours qui suivent la vérification de ses pouvoirs, il ne déclare pas qu'il refuse le mandat de député (loi du 2 août 1875, art. 21). Les présidents, vice-présidents et juges d'instruction des tribunaux d'arrondissement ne peuvent pas être élus sénateurs par le département dont leur arrondissement fait partie (loi du 10 août 1871, art. 8; loi du 2 août 1875, art. 21; loi du 30 novembre 1875, art. 12; loi du 5 avril 1884, art. 33). Les membres des cours d'appel ne peuvent être élus conseillers municipaux dans le ressort de la cour où ils exercent leurs fonctions (loi du 5 avril 1884, art. 33). Les premiers présidents et les présidents de chambre des cours d'appel ne peuvent être élus députés ou sénateurs dans leur ressort (loi du

2 août 1875, art. 21 ; loi du 30 novembre 1875, art. 12), mais ces magistrats peuvent, comme les juges des tribunaux d'arrondissement, être élus conseillers généraux, d'arrondissement ou municipaux, députés ou sénateurs, hors des circonscriptions qui viennent d'être indiquées et ils peuvent même cumuler ces mandats avec leurs fonctions judiciaires, sauf celui de député. Par exception, le premier président de la Cour de cassation, celui de la Cour de Paris et les procureurs généraux de ces mêmes cours peuvent cumuler leurs fonctions avec le mandat de député.

Nous ne nous occupons ici, sauf indication contraire, que des juges et conseillers des cours d'appel et des tribunaux d'arrondissement. Nous ne parlons pas des juges des tribunaux de commerce ni des membres des conseils de prud'hommes, qui tiennent leurs pouvoirs de l'élection et les exercent pendant un temps limité, tout en étant d'ailleurs inamovibles pendant cette durée. Nous ne parlons pas davantage des juges de paix, desquels on exige seulement l'âge de trente ans et qui sont nommés et révocables par le gouvernement.

Les conseillers et les juges des cours d'appel et des tribunaux d'arrondissement sont au contraire inamovibles, quoique nommés par le Président de la République. La nomination est irrévocable dès qu'elle a paru au *Journal officiel* et bien qu'elle n'ait pas été notifiée au nouveau magistrat.

Après que le décret de nomination a été expédié au parquet de la Cour, le magistrat prête serment devant la cour d'appel (décret du 22 mars 1852). Ce serment est purement professionnel depuis le décret du 5 septembre 1870, qui lui a enlevé tout caractère politique. Tout acte accompli par un juge avant sa prestation de serment serait nul. De même, son traitement ne pourrait pas courir auparavant (décret du 30 janvier 1811, art. 27). Une fois le serment prêté, le magistrat est installé à la cour ou au tribunal, solennité de pure forme qui consiste dans la lecture, donnée en audience publique, de l'extrait des minutes constatant la prestation de serment et dans l'invitation faite au nouveau magistrat par le président de prendre séance. La suppression de cette formalité pourrait être considérée comme une inconvenance, mais n'empêcherait pas le juge de remplir régulièrement ses fonctions.

Les conseillers et les juges sont inscrits sur deux tableaux, sur le tableau général ou liste de rang dans l'ordre des nominations et sur le tableau particulier ou liste de service. C'est le tableau général qui établit le rang dans les cérémonies publiques entre les juges d'une même chambre (décret du 6 juillet 1810, art. 36 ; décret du 18 août 1810, art. 28).

Les présidents de chambre et conseillers, présidents et juges titulaires ou suppléants des tribunaux d'arrondissement sont inamovibles. Le bénéfice de l'inamovibilité s'applique aussi, comme on l'a dit, aux juges consulaires et aux membres des conseils de prud'hommes pendant la durée de leurs fonctions électives; seuls les juges de paix ne sont pas inamovibles, ni les officiers du ministère public.

L'inamovibilité consiste en ce qu'un magistrat ne peut pas être privé ou suspendu de ses fonctions, ni même changer de résidence sans son consentement, si ce n'est dans les formes et sous les conditions déterminées par la loi. Déjà, autrefois, des lettres patentes du roi Louis XI, en date du 12 oc-

tobre 1467, avaient consacré l'inamovibilité des offices royaux en décidant qu'un magistrat ne pourrait perdre sa charge que par mort, démission, cession volontaire ou déchéance en cas de forfaiture (1).

L'Assemblée constituante, en supprimant l'hérédité et la vénalité des offices et en décidant que les juges seraient désormais élus à temps, n'a pas, comme on l'a dit souvent à tort, supprimé l'inamovibilité. Les juges ont cessé sans doute d'être nommés à vie, mais, pendant le temps de leurs fonctions (six ans pour les juges des tribunaux de district), ils étaient inamovibles et le roi ne pouvait même pas refuser leur investiture. Il y a plus : les officiers du ministère public nommés par le roi étaient inamovibles et à vie (loi des 16-24 août 1790, tit. II, art. 8). Nous avons déjà apprécié ce système de l'élection qui subsista jusqu'à la Constitution de l'an VIII (art. 68). Celle-ci ne le maintint que pour les juges de paix. Désormais, le pouvoir exécutif nommait les juges des tribunaux d'arrondissement, mais il devait les prendre sur la liste communale ou sur la liste départementale ; il nommait également les juges des tribunaux d'appel avec obligation de les choisir sur la liste départementale. Enfin le Sénat élisait les juges du tribunal de cassation qu'il prenait sur la liste nationale. En fait, le gouvernement n'était pas sérieusement lié par ces restrictions, parce qu'il exerçait une influence immense sur la confection des listes nationales, départementales ou communales. D'ailleurs, tous ces magistrats étaient nommés à vie et inamovibles, sauf les juges de paix.

Le sénatus-consulte du 12 octobre 1807 leur retira ces deux prérogatives. Désormais, les juges étaient nommés et révocables par l'empereur. Au bout de cinq ans, ils pouvaient recevoir des lettres d'institution à vie et alors seulement ils devenaient inamovibles, mais, en fait, le gouvernement impérial n'a jamais délivré aucune lettre de cette nature. Bien au contraire, il procéda à des épurations, d'abord au moment du sénatus-consulte, ensuite à l'occasion de la mise en vigueur de la loi du 20 avril 1810. Aussi, lorsque la Restauration fit à son tour des épurations, elle ne porta pas atteinte, comme on l'a dit à tort, au principe de l'inamovibilité, puisque ce principe n'existait pas et qu'il n'avait jamais été délivré de lettres d'institution à vie. Il n'en est pas moins vrai qu'au retour de l'île d'Elbe, l'empereur rétablit les magistrats destitués, au nom de l'inamovibilité (décret du 30 mars 1815). Mais ensuite, dans l'acte additionnel (art. 96 et 121), au lieu de conférer immédiatement l'inamovibilité aux juges, il se borna à leur promettre qu'il la leur accorderait dans les trois mois.

La Charte de la monarchie restaurée conféra purement et simplement l'inamovibilité aux juges et conseillers, sauf aux juges de paix, mais pour l'avenir seulement, et elle la refusa aux magistrats de l'Empire qui étaient en fonctions. Tous les magistrats furent soumis à une nouvelle investiture et une ordonnance du 15 février 1815, en réduisant le nombre des membres de la Cour de cassation, en destitua plusieurs (2). Ces épurations furent très mal vues, bien qu'elles portassent sur des magistrats qui n'étaient pas inamo-

(1) Les juges seigneuriaux étaient au contraire amovibles, à moins qu'ils n'eussent reçu leurs offices à titre de récompense ou à titre onéreux.

(2) Pour la Cour de Paris, voy. ord. du 18 septembre 1815.

vibles. En outre, la Restauration conserva les conseillers auditeurs des cours d'appel et les juges auditeurs des tribunaux d'arrondissement qui n'avaient pas l'inamovibilité quant à la résidence, de sorte que les conseillers auditeurs pouvaient être envoyés de la Cour à un tribunal de leur ressort et les juges auditeurs d'un tribunal à l'autre (ord. du 19 novembre 1823).

La Charte de 1830 confirma le principe de l'inamovibilité et tous les projets d'épuration préparés furent repoussés. On supprima même les conseillers et les juges auditeurs, parce qu'ils ne jouissaient que d'inamovibilités partielles.

Au lendemain de la Révolution de 1848, plusieurs magistrats furent suspendus de leurs fonctions et ces suspensions furent approuvées le 24 mars par le gouvernement provisoire. Un décret du 17 avril 1848 portait même : « Le principe de l'inamovibilité de la magistrature, incompatible avec le gouvernement républicain, a disparu avec la Charte de 1830. » C'était là un acte d'irréflexion inspiré par la passion politique; on confondait probablement la nomination à vie avec l'inamovibilité. Sous la première République, nous l'avons vu, comme encore aujourd'hui en Suisse et aux États-Unis, les juges sont sans doute élus à temps, mais pendant la durée de leurs fonctions ils sont inamovibles. D'ailleurs, la Constitution de 1848 répara elle-même l'erreur du gouvernement provisoire, en rétablissant l'inamovibilité et en dispensant les juges précédemment nommés d'une nouvelle investiture.

Le second Empire confirma encore une fois le principe de l'inamovibilité, mais il soumit les magistrats à un serment politique qui avait été supprimé par la République de 1848.

Au lendemain de la Révolution de 1870, des décrets du 28 janvier et du 3 février 1871 révoquèrent quinze magistrats par la raison qu'ils avaient fait partie, au début du second Empire, des tristement célèbres commissions mixtes. Mais une loi du 25 mars 1871 annula ces décrets comme attentatoires au principe fondamental de l'inamovibilité de la magistrature et, dans d'autres circonstances encore, l'Assemblée nationale prouva qu'on doit considérer ce principe comme une loi d'ordre constitutionnel (1). Il ne faudrait pas en conclure que, pour le supprimer ou le modifier, il serait nécessaire de réunir le Sénat et la Chambre des députés en Assemblée nationale à Versailles. Cette Assemblée n'est imposée qu'autant qu'on veut modifier une règle écrite dans une des lois constitutionnelles actuelles (loi du 25 février 1871, art. 8); sa convocation n'est pas nécessaire pour modifier les autres dispositions d'ordre constitutionnel. Aussi, la loi du 30 août 1883 a-t-elle été votée dans les formes ordinaires, et cependant elle a porté atteinte à l'inamovibilité de la magistrature, non seulement en mettant à la retraite des magistrats qui avaient appartenu à des commissions mixtes, mais encore en donnant au ministre de la justice le droit de mettre aussi à la retraite et de changer de résidence tous les magistrats pendant trois mois, sous la condition toutefois de prendre, pour les nominations nouvelles, parmi les magistrats déjà en fonctions.

(1) Voy. sur cette histoire de l'inamovibilité de la magistrature : Albert Desjardins, *Études sur l'inamovibilité de la magistrature*, Paris, 1880, 1 broch. in-8.

On voit que l'inamovibilité de la magistrature n'a pas été respectée comme elle aurait dû l'être et que peu de gouvernements ont résisté à la tentation d'y porter atteinte. On l'a trop souvent considérée comme un privilège concédé aux magistrats, alors qu'elle constitue surtout une garantie accordée aux plaideurs. Elle a pour objet de leur donner des juges indépendants. Il ne faudrait pas en conclure que des juges amovibles manquent d'indépendance, car on a eu souvent la preuve du contraire, surtout au Conseil d'État. L'indépendance d'un magistrat tient encore plus à son caractère qu'à ses fonctions. Mais il n'en est pas moins vrai que l'inamovibilité peut être très efficace en rassurant les magistrats contre les dangers et les fluctuations de la politique. Malheureusement, l'inamovibilité est souvent affaiblie par d'autres principes, notamment si la fonction est confiée à temps et non pas à vie, ou bien si le magistrat est soumis à un serment politique, ou enfin s'il existe tant de degrés dans la hiérarchie judiciaire que le gouvernement peut, par des promesses d'avancement, mettre un certain nombre de magistrats sous sa complète dépendance.

Déjà la loi du 16 juin 1824 permet de mettre à la retraite les magistrats atteints d'infirmités graves et permanentes; mais elle trace les formes et énonce les conditions d'après lesquelles la mise à la retraite doit s'effectuer. De même, le décret du 1er mars 1852, encore aujourd'hui en vigueur, veut que les conseillers des cours d'appel et les juges des tribunaux d'arrondissement soient à la retraite à l'âge de soixante-dix ans et les conseillers de la Cour de cassation à l'âge de soixante-quinze ans. On n'a pas toujours bien exactement compris ce décret; aussi lui a-t-on parfois reproché de porter atteinte à l'inamovibilité, tandis que d'autres ont essayé de le défendre contre cette critique. La vérité est que le décret du 1er mars 1852 ne porterait aucune atteinte au principe de l'inamovibilité s'il décidait que le juge ou le conseiller cessera de plein droit ses fonctions dès qu'il aura atteint la limite d'âge. Mais il y a dans le même décret une disposition précisément contraire et qui permet au gouvernement de maintenir en fonctions un magistrat atteint par la limite d'âge, tant qu'il n'est pas remplacé. Il est manifeste que, dans ce dernier cas, ce magistrat devient amovible.

Ce principe de l'inamovibilité ne retire pas au pouvoir législatif le droit de modifier l'organisation judiciaire et, par exemple, de supprimer un tribunal ou d'ordonner sa translation. Seulement, si les magistrats du tribunal supprimé ou transféré ne consentaient pas à changer de résidence, ils n'en conserveraient pas moins la qualité de juge et le traitement afférent à leurs fonctions.

Les magistrats jouissent encore, à raison de leur caractère et de la nature de leurs fonctions, d'un certain nombre de prérogatives : ils sont dispensés de tout autre service public (loi du 27 ventôse an VIII, art. 5); ils ne peuvent pas être jurés (loi du 21 novembre 1872, art. 3); en cas de délit, ils ne sont pas déférés au tribunal correctionnel, mais à la cour d'appel (art. 479 C. inst. crim.); ils peuvent obtenir le titre de président, conseiller, juge honoraire, s'ils se retirent après trente ans de service (décret du 3 octobre 1807, art. 3); ce titre peut donner le droit aux conseillers honoraires d'assister avec voix délibérative aux assemblées des chambres et aux audiences solen-

nelles (décret du 6 juillet 1810, art. 77), mais ce privilège ne leur est pas accordé de plein droit et il faut une disposition expresse du décret de mise à la retraite pour qu'ils aient voix délibérative (décret du 2 octobre 1807, art. 3 et décret du 6 juillet 1810, art. 77) (1).

La loi impose aux juges un grand nombre de devoirs sur lesquels il n'est pas nécessaire d'insister : rendre la justice à tous, même en cas de silence ou d'insuffisance de la loi, sous peine de déni de justice (art. 4 C. civ.) ; garder le secret des délibérations (Const. 5 fructidor an III, art. 208) ; juger d'après les preuves faites au procès ; se renfermer dans les limites de leur compétence territoriale ; s'abstenir de procéder par voie de disposition générale et réglementaire (art. 5 C. civ.) ; ne pas s'immiscer dans les fonctions et pouvoirs administratifs (loi des 16-24 août 1790, tit. II, art. 13 ; loi du 16 fructidor an III ; art. 127 C. pén.) ; s'abstenir de plaider (art. 86 C. pr.) ; ne pas faire le commerce, comme le décidaient déjà nos anciennes ordonnances (ord. de 1560, art. 109 et édit de mars 1765) et par argument *a fortiori* de ce que l'ordonnance du 22 novembre 1822, art. 42, interdit le commerce aux avocats (2) ; ne pas se rendre cessionnaire de droits litigieux dans leur ressort, ni se porter adjudicataire des biens dont la vente est poursuivie devant leur tribunal ou des coupes de bois de l'État mises en vente dans leur arrondissement (art. 1596 et 1597 C. civ. ; art. 711, 964, 973, 988 C. pr. ; art. 21 C. for.) ; ne signer aucun billet à ordre et n'accepter aucune profession qui oblige à rendre compte (ord. 24 septembre 1828, art. 151) ; ne donner aucune consultation, même à titre gratuit (art. 378 C. pr.) ; s'abstenir de toute démonstration ou manifestation politique incompatible avec les devoirs du magistrat ou hostile au principe ou à la forme du gouvernement de la République (loi du 30 août 1883, art. 14) ; résider dans le lieu où ils exercent leurs fonctions (décret du 30 mars 1808, art. 100 ; loi du 20 avril 1810, art. 29 et suiv. ; décret du 6 juillet 1810, art. 22). La résidence et le domicile se confondent pour les magistrats inamovibles à partir de la prestation de serment ; l'acceptation de fonctions à vie emporte de plein droit établissement de domicile (3). Par exception, les juges suppléants ne sont pas tenus de résider dans la ville même où siège le tribunal, mais seulement dans le canton (décret du 18 août 1810, art. 29). La sanction de l'obligation de résidence consiste d'abord dans la privation du traitement, ensuite, après un mois d'absence, le magistrat peut être sommé par le procureur général de se rendre à son poste et, s'il n'obtempère pas à cette mise en demeure, il peut être considéré comme démissionnaire (loi du 27 ventôse an VIII, art. 5 ; loi du 20 avril 1810, art. 48). Lorsque l'absence a duré au moins six mois, le magistrat peut encore être considéré comme démissionnaire et sans mise en demeure préalable du procureur général (loi du 20 avril 1810, art. 48).

Lorsqu'un magistrat a des causes légitimes d'absence, il doit demander et peut obtenir un congé (décret 18 août 1810, art. 29 et suiv., com-

(1) Voy. l'article 78 du même décret sur les portraits des magistrats.

(2) D'ailleurs les actes de commerce qui auraient été passés par un magistrat seraient valables et ce magistrat pourrait être déclaré en faillite.

(3) Il en est autrement des magistrats amovibles, comme les officiers du ministère public, qui peuvent avoir une résidence distincte de leur domicile.

plété et modifié par l'ord. du 6 novembre 1822, art. 1er). Pour assurer la régularité du service des audiences, le décret du 30 mars 1808, art. 11, a établi ce qu'on appelle le registre de pointe sur lequel chaque juge doit se faire inscrire avant l'heure fixée pour l'ouverture de l'audience. On y mentionne aussi les juges absents et les causes de leur absence. Ce registre est, avant le commencement de l'audience, arrêté et signé par le président et transmis à la fin du mois au garde des sceaux. Dans le principe, il avait été prescrit d'affecter une partie des traitements des juges à une masse commune qui, sous le nom de droit d'assistance, se serait distribuée entre les juges d'après leur nombre de présences (décret du 30 mars 1808, art. 13 et 14). Mais cette disposition est depuis longtemps tombée en désuétude.

La loi du 20 avril 1810 avait, comme on l'a dit, établi des conseillers auditeurs dans les cours d'appel et des juges auditeurs dans les tribunaux d'arrondissement. Quand ces juges auditeurs avaient atteint l'âge de vingt-cinq ans, ils remplissaient les fonctions de juge, mais seulement dans les tribunaux qui ne comptaient pas plus de trois juges (loi du 20 avril 1810, art. 12 et 13). Cette magistrature a été supprimée par la loi du 10 décembre 1830, ainsi que celle des conseillers auditeurs qui avait été imaginée dans le seul but d'épargner les ennuis du noviciat judiciaire aux jeunes gens de famille et de créer ainsi une sorte d'aristocratie dans la magistrature (1).

Mais il existe encore des juges suppléants dans les tribunaux d'arrondissement, comme aussi dans les justices de paix et dans les tribunaux de commerce. Tous sont inamovibles, à l'exception de ceux des justices de paix; les juges suppléants des tribunaux d'arrondissement et ceux des justices de paix sont nommés par le Président de la République, tandis que ceux des tribunaux de commerce sont élus comme les juges. Tous remplissaient jusque dans ces derniers temps des fonctions purement gratuites, mais la loi de finance du 29 avril 1900 (art. 25) a alloué un traitement annuel de 1500 francs à cent juges suppléants des tribunaux d'arrondissement qui sont nommés par décret du Président de la République et portent le titre de juges suppléants rétribués. Un décret du 14 juillet 1900 énumère les cent tribunaux auxquels sont attachés des juges suppléants rétribués, un par tribunal. Les dispositions de loi applicables aux juges titulaires qui prononcent des incompatibilités ou qui établissent des cas d'inéligibilité à la Chambre des députés, au conseil général, au conseil d'arrondissement et au conseil municipal, s'appliquent aux juges suppléants rétribués, mais ne concernent pas les autres juges suppléants et ceux-ci peuvent, comme par le passé, par exemple exercer la profession d'avocat ou être avoués auprès du tribunal, seulement il va sans dire que, lorsqu'ils plaident comme avocats ou occupent comme avoués dans une affaire, ils ne peuvent pas siéger comme juges dans cette même affaire. D'un autre côté, l'inamovibilité des juges suppléants n'est pas aussi complète que celle des juges titulaires. Un juge suppléant peut, comme un substitut, si les besoins du service l'exigent, être

(1) Ces conseillers auditeurs avaient été créés par décret du 6 juillet 1810; ils étaient répartis par le premier président entre les différentes chambres de la Cour et pouvaient être délégués pour le service des Assises lorsqu'ils avaient atteint l'âge de vingt-sept ans.

délégué par le procureur général pour remplir, dans le ressort de la Cour, près d'un autre tribunal que celui de sa résidence, les fonctions du ministère public (loi du 30 août 1883, art. 6). De même, un juge suppléant peut être également désigné par le premier président pour remplir les fonctions de juge dans un autre tribunal du même ressort, lorsque ce tribunal est dans l'impossibilité de se constituer (loi du 19 avril 1898). D'ailleurs, sauf ces particularités, les juges suppléants sont de véritables juges et n'ont pas de fonctions spéciales. Lorsque le tribunal est en nombre, ils ne siègent qu'avec voix consultative ; dans le cas contraire, ils remplacent les juges empêchés avec voix délibérative, comme ils peuvent aussi occuper le siège du ministère public et, dans les deux cas, ils doivent être pris dans l'ordre du tableau (loi du 27 ventôse an VIII, art. 12 ; loi du 10 décembre 1830, art. 3 ; loi du 11 avril 1838).

Les attributions des juges suppléants ont été étendues par divers décrets ; des décrets du 25 mai 1811 et du 19 mars 1852 décident qu'ils peuvent être chargés de la confection des ordres et distributions par contribution et ils ont alors voix délibérative. Un décret du 1er mars 1852 permet de leur confier les fonctions de juge d'instruction et ils touchent alors le supplément du traitement afférent à ces fonctions (1). La loi du 30 août 1883, en exigeant que désormais les jugements des tribunaux d'arrondissement soient rendus par des magistrats en nombre impair, n'a nullement abrogé l'article 41 de la loi de 1810 qui donne aux juges suppléants, lorsqu'ils ont siégé en cette qualité dans une affaire où ils ne sont pas nécessaires, le droit d'assister aux délibérations avec voix consultative. Cette loi n'a pas davantage dérogé au décret du 19 mars 1852, aux termes duquel les juges suppléants qui ne sont pas officiers ministériels peuvent être chargés des ordres et distributions par contribution avec droit de rapporter et avec voix délibérative (2).

En cas de vacance d'une place de l'ordre judiciaire et dans tous les cas où il est pourvu au service d'un magistrat privé de la totalité de son traitement, le magistrat chargé de l'intérim, s'il ne touche pas déjà un traitement et s'il remplit cet intérim pendant plus de quinze jours, a droit au traitement affecté à la fonction qu'il remplit (3).

Comme il n'est pas possible que le privilège de l'inamovibilité puisse assurer aux magistrats l'impunité, même dans leurs écarts les moins graves, on a établi, à défaut du droit de révocation qui ne saurait appartenir au gouvernement, tout un système disciplinaire qui est aujourd'hui organisé par la loi du 30 août 1883. Cette loi n'a pas changé les peines disciplinaires créées par la loi du 20 avril 1810 (art. 50) et qui sont au nombre de quatre : la censure simple ; la censure avec réprimande, qui emporte privation du traitement pendant un mois ; la suspension, qui entraîne aussi privation de traitement

(1) On a soutenu que ce décret était inconstitutionnel parce qu'un décret ne peut pas modifier une loi. Or l'article 55 du Code d'instruction criminelle ne permet de choisir les juges d'instruction que parmi les juges en titre ; mais on oublie qu'à cette époque le chef de l'État exerçait le pouvoir législatif.

(2) Crim. cass., 11 juillet 1884, S. 86, 1, 388.

(3) Loi du budget du 30 mai 1899, art. 32. Un décret du 1er juin 1899 fixe les indemnités de déplacement, c'est-à-dire les frais de voyage et de séjour des substituts et juges suppléants délégués pour remplir des fonctions dans un autre tribunal du même ressort.

pendant sa durée ; la déchéance, qui enlève le magistrat à ses fonctions. Avant la loi du 30 août 1883, la déchéance était la seule peine dont la prononciation était réservée à la Cour de cassation. Les trois autres peines pouvaient aussi être appliquées par les cours d'appel et par les tribunaux d'arrondissement. La loi du 30 août 1883 (art. 19) a supprimé le pouvoir disciplinaire des tribunaux d'arrondissement sur leurs membres et sur les juges de paix, ainsi que celui des cours d'appel qui s'exerçait d'abord sur leurs membres, ensuite et subsidiairement pour le cas de négligence des tribunaux d'arrondissement sur les membres de ces tribunaux et sur les juges de paix ; mais les premiers présidents des cours d'appel et les présidents des tribunaux d'arrondissement ont conservé le droit d'adresser, d'office ou sur la réquisition du ministère public, des avertissements aux magistrats qui compromettent la dignité de leur caractère (loi du 20 avril 1810, art. 40). Sauf cette exception, la loi du 30 août 1883 (art. 13 et suiv.) concentre tout le pouvoir disciplinaire à la Cour de cassation et entre les mains du ministre de la justice.

La cour suprême constitue aujourd'hui le conseil supérieur de la magistrature ; elle exerce, toutes chambres réunies et à huis clos, le pouvoir disciplinaire sur tous les magistrats autres que les juges consulaires et les membres des conseils de prud'hommes. Elle donne, en outre, son avis toutes les fois que le garde des sceaux veut changer un magistrat de résidence ou le mettre à la retraite, et il faut que cet avis soit conforme pour que le ministre de la justice puisse exercer ce droit. Le conseil supérieur de la magistrature ne peut être saisi que par le garde des sceaux ; le gouvernement est représenté par le procureur général de la Cour de cassation ; le conseil supérieur de la magistrature ne peut statuer ni donner son avis qu'après que le magistrat intéressé a été entendu ou dûment appelé.

Quant au pouvoir disciplinaire du ministre de la justice, il se ramène à cinq droits différents : droit de surveillance sur les magistrats de toutes les juridictions civiles ou commerciales ; droit de réprimande ; droit de mander auprès de lui tout magistrat pour recevoir ses explications sur les faits qui lui sont imputés ; droit de déplacer tout magistrat, mais seulement sur l'avis conforme du conseil supérieur et sans que le déplacement puisse entraîner changement de fonction, de classe ou de traitement ; droit de mettre à la retraite, même d'office, mais seulement sur l'avis conforme du conseil supérieur, les magistrats qui, à raison d'infirmités graves et permanentes, se trouvent dans l'impossibilité d'exercer leurs fonctions.

## § 17. — Ministère public.

Ce n'est pas ici le lieu de faire l'histoire des origines du ministère public (1). Rappelons seulement que pendant fort longtemps le roi n'eut ni procureurs ni avocats spéciaux ayant qualité de magistrat pour instruire et plaider ses affaires; il choisissait parmi les procureurs et parmi les avocats un d'entre eux qui prenait le nom de procureur général ou celui

(1) *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. VI, p. 338.

d'avocat général, uniquement parce qu'il était, une fois pour toutes, chargé de cette mission. Mais le procureur général et l'avocat général pouvaient occuper ou plaider encore pour d'autres personnes, et les grands seigneurs feudataires de la couronne avaient aussi leurs procureurs et avocats en titre auprès du parlement; seulement, cela ne les dispensait pas de figurer en nom dans les actes de la procédure, à la différence du roi. Sous le règne de Philippe le Bel, en 1302, les fonctions de procureur du roi devinrent une magistrature permanente : ces procureurs prêtèrent le même serment que les magistrats et il leur fut défendu d'occuper pour d'autres que pour le roi, si ce n'est au profit de leurs parents proches. Mais les avocats du roi continuèrent à être pris parmi les autres et avaient le droit de plaider pour tous. François I^er^, par son ordonnance de 1535, interdit à ses avocats au parlement de plaider aucune cause civile ou criminelle autre que celles du roi. Les avocats du roi des autres juridictions, notamment ceux des bailliages et sénéchaussées, pouvaient postuler, consulter et écrire dans toutes les affaires où le roi n'était pas intéressé. Ce fut encore toléré par l'ordonnance de Blois, mais par provision seulement et jusqu'au jour où ces avocats seraient pourvus de gages suffisants. Les avocats du roi ne sont donc devenus magistrats qu'à partir du XVI^e^ siècle. Ces officiers du ministère public étaient propriétaires de leurs charges et, comme tels, inamovibles. Nous avons vu ce qu'est devenue, sous la Révolution, l'organisation du ministère public.

Aujourd'hui, en matière civile, le ministère public n'existe qu'à la Cour de cassation, devant les cours d'appel et dans les tribunaux d'arrondissement. Ses membres forment ce qu'on appelle le parquet, expression ancienne qui vient de ce qu'autrefois les sièges des membres du ministère public étaient placés sur le plancher même de la salle d'audience au pied de l'estrade où siégeaient les juges.

Les officiers du ministère public sont nommés et révoqués par le Président de la République; aussi n'existe-t-il pas pour eux de pouvoir disciplinaire proprement dit. Ils sont en général soumis aux devoirs des autres magistrats; ils doivent notamment résider dans la ville où siège le tribunal ou la Cour, mais cette résidence n'emporte pas domicile, précisément parce qu'ils sont amovibles. Les mêmes conditions sont imposées pour être officier du ministère public que pour être juge ou conseiller : être citoyen français, avoir atteint un certain âge qui varie suivant les fonctions, avoir obtenu le grade de licencié en droit et suivi le barreau pendant deux ans au moins (loi du 20 avril 1810, art. 64 et 65). Les fonctions d'officier du ministère public sont incompatibles, comme celles de juge, avec toutes autres fonctions, administratives ou judiciaires, avec celles de comptable, avec celles d'officier ministériel (loi des 16-24 août 1790, tit. VIII, art. 27; loi du 24 vendémiaire an III, tit. I et III). Quant aux fonctions de membres des conseils municipaux, d'arrondissement ou généraux, ils sont soumis aux mêmes règles que les juges et les conseillers. Il y a incompatibilité entre le mandat de sénateur ou de député et les fonctions de membre d'un parquet, sauf exception pour le procureur général près la Cour de cassation et pour le procureur général près la Cour de Paris qui peuvent cumuler (loi

du 30 novembre 1875, art. 8). Les avocats généraux à la Cour de cassation peuvent aussi cumuler leurs fonctions avec le mandat de sénateur (loi du 2 août 1875, art. 20). Les membres des parquets des cours d'appel et des tribunaux d'arrondissement ne peuvent pas être élus sénateurs ou députés, pendant leurs fonctions ni dans les six mois qui suivent la cessation de ces fonctions, dans la localité où ils les exercent ou les ont exercées. Partout ailleurs ils peuvent être élus, mais ils sont considérés comme démissionnaires s'ils acceptent le mandat de sénateur ou celui de député, conformément aux règles établies pour les juges et pour les conseillers (loi du 2 août 1875, art. 20 ; loi du 30 novembre 1875, art. 8).

Les officiers du ministère public ne peuvent pas non plus être parents ou alliés, en ligne directe à l'infini et en ligne collatérale jusqu'au troisième degré, avec un des membres du tribunal ou de la Cour, à moins de dispenses, lesquelles ne s'accordent qu'autant que le tribunal est composé de huit juges au moins (loi du 20 avril 1810, art. 63). Mais il n'existe aucune prohibition de cette nature pour les officiers du ministère public entre eux.

Enfin, il faut appliquer au serment et à l'installation des officiers du ministère public ce que nous avons dit pour les conseillers et les juges.

Les officiers du ministère public sont chargés d'attributions très diverses; nous ne nous occuperons que de celles qui touchent à la justice civile et nous nous en tiendrons à de simples indications pour les autres.

En premier lieu, le ministère public joue un rôle considérable en matière criminelle et de police; il a même seul en principe l'action publique au grand criminel.

En second lieu, il est chargé d'attributions qu'on peut qualifier de fonctions administratives judiciaires : il surveille tout ce qui touche à l'administration de la justice dans son ressort (décret du 30 mars 1808, art. 80 et 81; loi du 20 avril 1810, art. 8); il donne avis au ministre de la justice des vacances qui se produisent dans son ressort, fait des présentations et requiert la prestation de serment des nouveaux magistrats (loi du 20 avril 1810, art. 48 à 50; loi du 16 juin 1824, art. 3, 4 et 11; décret du 9 novembre 1853, art. 31); il vérifie la tenue des registres de l'état civil et celle des minutes des jugements (art. 43, 49, 53 C. civ.; art. 140 C. pr.); il transmet les jugements d'absence au ministre de la justice (art. 118 et 126 C. civ.); il doit inspecter les établissements d'aliénés (loi du 30 juin 1838, art. 4, 10, 13, 22); il donne son avis sur les dispenses de mariage ou de publication (art. 145, 164, 169 C. civ.); il doit aussi le faire connaître en cas d'emprisonnement d'enfant par mesure de correction paternelle (art. 377, 381 et suiv. C. civ.); il désigne les trois jurisconsultes qui doivent donner leur avis en matière de transaction de mineur (art. 467, 484, 509 C. civ.).

En troisième lieu, le ministère public agit parfois en matière civile comme mandataire forcé de certaines personnes autorisées ou obligées à requérir son ministère. A ce titre, il représente : l'absent dont on demande la déclaration d'absence (art. 116 C. civ.); la femme actionnée en réduction de son hypothèque légale (art. 2145 C. civ.); le préfet agissant pour le compte de l'État (loi des 28 octobre-5 novembre 1790, tit. III, art. 13; loi des 15-27 mars 1791, art. 13 et 14; loi du 19 nivôse an IV, art. 1 et 21; art. 69

C. pr.); le proviseur agissant en paiement de ce que doit un boursier ou celui qui a obtenu une partie de bourse (décret du 1er juillet 1809, art. 11; ord. du 12 mars 1817, art. 16) (1).

En quatrième lieu, le ministère public est partie jointe dans les affaires civiles où la loi exige que le dossier lui soit communiqué (art. 83 C. pr.). Le tribunal peut aussi ordonner d'office la communication au ministère public toutes les fois qu'il la croit utile ou nécessaire. Enfin le ministère public a toujours le droit de demander lui-même cette communication (art. 83 C. pr.). Dans tous ces cas, on dit que le ministère public est partie jointe, expression assez incorrecte, parce qu'elle porterait à faire croire que le ministère public doit se joindre à l'un ou à l'autre des plaideurs, tandis qu'il a pleine liberté pour ses conclusions, à la condition d'accepter le litige tel qu'il a été constitué par les parties.

En cinquième lieu, le ministère public est lui-même parfois partie principale en matière civile où il joue alors le rôle de demandeur ou celui de défendeur. La loi du 20 avril 1810 (art. 46) détermine ses pouvoirs dans les termes suivants : « En matière civile, le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi. — Il surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements; il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public. »

La première de ces dispositions est parfaitement claire; il en résulte que le ministère public peut agir en matière civile, toutes les fois que la loi lui en donne le droit et peu importe alors que l'ordre public soit ou non intéressé. C'est ainsi que le ministère public peut demander la nullité de tout mariage contracté en contravention aux dispositions des articles 144, 147, 161, 162 et 163 du Code civil (art. 184 C. civ.). Le ministère public doit, en cas de fureur, provoquer l'interdiction de l'aliéné si elle n'est pas demandée par l'époux ou par les parents; en cas d'imbécilité ou de démence, il peut aussi provoquer l'interdiction si l'aliéné n'a ni conjoint ni parent connu (art. 491 C. civ.). Le ministère public peut encore demander la déchéance du grevé de substitution qui a négligé de faire nommer un tuteur à la substitution dans le mois du décès du donateur ou du testateur (art. 1047 C. civ.). Un avis du Conseil d'État du 12 brumaire an XI donne au ministère public, pour le cas où des actes de l'état civil ont été omis, le droit de réparer cette omission et de les faire inscrire sur les registres. Certains auteurs limitent le droit du ministère public à ce cas spécial directement visé par l'avis du Conseil d'État, mais d'autres estiment qu'il faut élargir cette disposition trop étroite dans son texte et décider, pour rester dans son esprit, que le ministère public peut toujours agir en matière d'actes de l'état civil dans tous les cas où l'ordre public est intéressé. Le ministère public peut encore agir en rectification des actes de l'état civil lorsqu'il y a usurpation de titres nobiliaires ou altération de noms, qu'il y ait ou non délit (art. 259 C. pén. modifié par la loi du 28 mai 1858). La loi du 24 juillet 1889 donne aussi sous certaines conditions au ministère public l'action en déchéance de la puissance paternelle. Le ministère public, sur l'ordre du ministre de la

(1) Le préfet et le proviseur peuvent, s'ils le préfèrent, constituer avoué.

justice, a le droit d'action contre tout officier de l'armée qui a perdu sa nationalité française (ord. du 30 avril 1837, art. 1er). La loi lui reconnaît aussi une action en nullité des brevets d'invention (loi du 5 juillet 1844, art. 30 et 37); action contre les trésoriers des paroisses (décret du 30 décembre 1809, art. 90). Ce ne sont là que des applications du premier alinéa de l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810.

Mais le second alinéa de ce même article soulève encore aujourd'hui une très vive controverse qui sépare la jurisprudence et la doctrine. D'après la jurisprudence, le second alinéa donne aussi au ministère public le droit d'agir en matière civile d'une manière générale et malgré l'absence de tout texte spécial, toutes les fois que l'ordre public est intéressé. L'art. 46 doit être entendu de la manière suivante : le ministère public peut d'abord agir, même si l'ordre public n'est pas intéressé, mais à la condition qu'un texte formel et spécial lui en donne le droit ; il peut ensuite encore agir, malgré l'absence de tout texte qui lui en confère le droit, mais à la condition que l'ordre public soit intéressé. La jurisprudence en conclut, avec ce système, que le ministère public a même le droit d'interjeter appel ou de se pourvoir en cassation dans les affaires où il n'a pourtant pas été partie principale. De même, elle lui reconnaît la faculté de provoquer, au nom de l'ordre public, toute rectification aux actes de l'état civil, notamment au point de vue de l'application de la loi militaire, sans se préoccuper de l'avis du Conseil d'État du 12 brumaire an XI (1).

Cette interprétation du second alinéa de la loi du 20 avril 1810 est très vivement contestée et avec raison par la doctrine. Elle est, en effet, tout à fait contraire aux précédents historiques. Depuis l'ordonnance de juillet 1319 jusqu'au XVIIIe siècle inclusivement (2), on a toujours décidé, dans notre ancien droit, qu'en matière civile le ministère public ne peut agir qu'en vertu de textes formels et c'est bien encore la solution qu'a entendu consacrer la loi des 16-24 août 1790 (tit. VIII, art. 12) (3). Rien, dans les travaux préparatoires de la loi du 20 avril 1810, ne permet de supposer qu'on ait voulu, sous ce rapport, déroger à la loi antérieure. Le texte même de l'article 46 en fournit aussi la preuve. La jurisprudence se trompe quand elle affirme que les deux alinéas de l'article 46 sont l'un et l'autre consacrés au droit d'action du ministère public. Une lecture attentive de cet article 46 suffit pour montrer cette erreur. Sans doute, le premier alinéa est consacré au *droit d'action* du ministère public ; mais le second alinéa a un tout autre objet et concerne le *droit de surveillance* du ministère public. Celui-ci est, en effet, chargé, dans l'intérêt de l'ordre public, de veiller à l'exacte exécution des lois et des décisions judiciaires. C'est ainsi qu'il doit surveiller la rédaction des minutes des jugements et la tenue des actes de l'état civil, comme nous l'avons vu plus haut, et le second alinéa de l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 a précisément pour objet de consacrer ce droit. Ajoutons qu'il serait très

(1) Voy. la jurisprudence dans *Jur. gén., suppl.*, v° *Ministère public*, n° 56.

(2) Voy. ce que dit Pothier dans son *Traité de procédure civile*, n° 451 ; Guyot, v° *Ministère public*.

(3) La vérité est qu'autrefois les pouvoirs du ministère public en matière civile étaient mal définis.

dangereux de permettre au nom de l'ordre public, au ministère public, de s'ingérer dans les affaires des particuliers entre eux ou dans des questions de famille.

Le ministère public forme un corps organisé hiérarchiquement, dépendant du pouvoir exécutif, indépendant des tribunaux auprès desquels il est établi et indivisible. Ces différents caractères demandent quelques explications.

Et d'abord, le ministère public dépend du pouvoir exécutif et a pour chef le ministre de la justice (loi des 16-24 août 1790, tit. VIII, art. 1; décret du 30 mars 1808, art. 80 et 81; loi du 20 avril 1810, art. 60). Le gouvernement donne ses ordres aux officiers du ministère public qui doivent les exécuter; il a le droit de changer et même de révoquer ces magistrats. Dans chaque cour d'appel, le procureur général est le chef de tous les parquets du ressort. Il porte la parole aux assemblées générales, aux audiences solennelles et même aux audiences ordinaires s'il le juge convenable. Il correspond avec le ministre, son supérieur hiérarchique, et avec les procureurs du ressort, ses subordonnés (loi du 20 avril 1810, art. 51; décret du 30 mars 1808, art. 104). En cas d'empêchement, il est remplacé par un avocat général, à défaut par un substitut, à défaut par un conseiller (loi du 27 ventôse an VIII, art. 6; loi du 20 avril 1810, art. 47; décret du 6 juillet 1810, art. 50.)

La loi établit, auprès du procureur général, dans chaque cour d'appel, un ou plusieurs avocats généraux, un ou plusieurs substituts. Les avocats généraux prennent la parole aux audiences et les substituts du procureur général sont plutôt chargés du service administratif du parquet. C'est un souvenir de l'ancienne distinction entre la plaidoirie et la plume (décret du 30 mars 1808, art. 44 et 45). Mais cette règle n'est pas absolue; un substitut peut toujours remplacer un avocat général à l'audience; les substituts du procureur général sont même spécialement chargés du service des audiences de la chambre des mises en accusation et partagent, avec les avocats généraux, le service de la cour d'assises. En cas d'empêchement d'un avocat général, il est remplacé par un substitut et à défaut par un conseiller quelconque (arg. art. 84 C. pr. qui a abrogé l'art. 6 de la loi du 27 ventôse an VIII.) A défaut de conseiller, le siège du ministère public serait occupé par un avocat.

Dans les tribunaux d'arrondissement, le ministère public est représenté par un procureur de la République, un ou plusieurs substituts, un ou plusieurs juges suppléants. Le procureur de la République n'est en réalité qu'un substitut du procureur général, duquel il relève directement, de même que les substituts relèvent de lui. Il distribue entre les membres de son parquet le service comme il l'entend; il a toujours le droit de siéger à l'audience ou de se faire remplacer par un substitut, en cas d'empêchement par un juge ou un suppléant; à défaut de juge par un avocat, à défaut d'avocat par un avoué. On a parfois soutenu, il est vrai, que les avocats et les avoués ne peuvent jamais monter au siège du ministère public, en faisant remarquer que les textes relatifs à cette question ne confèrent ce droit qu'aux juges et aux suppléants (art. 84 C. pr.; art. 26 C. inst. crim.; décret du 18 août 1810, art. 20 et suiv.). Mais le décret du 14 décembre 1810 (art. 35) sur la profession d'avocat porte expressément que les avocats

peuvent suppléer les juges et les officiers du ministère public, et cet article, loin de contredire les textes précités, vient les compléter. D'ailleurs, si un avocat et un avoué peuvent remplir les fonctions de juge par intérim en cas de nécessité (art. 118 C. pr.), à plus forte raison doivent-ils aussi être aptes à occuper le siège du ministère public, car le rôle du ministère public est purement accessoire en matière civile. Pour occuper le siège du ministère public par intérim, soit dans une cour, soit dans un tribunal, on appelle un conseiller ou un juge titulaire ou suppléant quelconque, sans être tenu de suivre l'ordre du tableau (1). Mais cet ordre doit être observé si on fait venir un avocat ou un avoué. En outre, il est nécessaire de relever l'empêchement des juges et du ministère public, tandis que cette mention n'est pas imposée lorsque le ministère public est occupé par un juge titulaire ou suppléant (loi du 22 ventôse an XII, art. 50).

On voit ainsi quelle est la hiérarchie qui relie entre eux les membres du ministère public : les parquets des tribunaux d'arrondissement dépendent du parquet de cour d'appel et le procureur général de chaque cour reçoit les ordres du ministre. Le garde des sceaux lui prescrit d'agir d'office, dans l'intérêt de l'ordre public, toutes les fois qu'il le croit nécessaire, mais il n'a pas le droit de lui dicter ses conclusions et le ministre de la justice, bien que pouvant donner l'impulsion à l'action judiciaire, reste toujours un fonctionnaire de l'ordre administratif. La loi confère aussi au procureur général près la Cour de cassation un droit de surveillance sur tous les procureurs généraux des cours d'appel (sénatus-consulte du 16 thermidor an X, art. 84) ; mais ce droit, n'ayant pas été réglementé d'une manière précise, ne s'exerce pas en pratique. Le procureur général de chaque cour d'appel donne des ordres à tous les officiers du ministère public de son ressort, aussi bien à ceux qui font partie de la cour qu'à ceux des tribunaux d'arrondissement.

Toutefois, le principe de cette subordination comporte deux graves dérogations. En premier lieu, tout officier du ministère public, après avoir donné les conclusions qui lui ont été imposées par son supérieur hiérarchique, a le droit de faire connaître ensuite son opinion personnelle par tradition d'un vieil usage judiciaire qui disait déjà : « La plume est serve et la parole libre. » En second lieu, en cas de dissentiment entre le procureur général et un avocat général au sujet des conclusions à prendre dans une affaire, le conflit est porté à l'assemblée générale du parquet de la Cour et les conclusions sont prises à l'audience, suivant ce qui a été décidé à la majorité des voix, de sorte que l'opinion de l'avocat général peut l'emporter sur celle du procureur général. Mais, dans ce dernier cas, le procureur général a toujours la faculté de déléguer un autre avocat général ou de prendre lui-même la parole et de conclure suivant son opinion personnelle. On comprendra sans peine qu'il hésitera souvent à user de ce droit, précisément parce qu'il saura qu'il a été mis en minorité dans l'assemblée générale du parquet (décret du 6 juillet 1810, art. 48 et 49; ord. du 15 janvier 1826, art. 49). Dans les tribunaux d'arrondissement, il n'existe pas d'assemblée de ce genre et le procureur de la République impose toujours ses conclusions au substitut, sauf le droit pour

(1) Req., 18 mai 1878, D. P. 79, 1, 68.

celui-ci, comme on l'a vu plus haut, de faire connaître son opinion personnelle.

Quoique subordonné au garde des sceaux, le ministère public peut toujours intenter des poursuites criminelles et l'action publique sans en avoir reçu l'ordre du ministre et même malgré sa défense. Il y a cependant quatre cas dans lesquels le ministère public ne peut agir que sur l'ordre du ministre : 1° le procureur général près la Cour de cassation ne peut déférer à la Cour suprême une décision judiciaire quelconque, pour excès de pouvoir, que sur ordre du ministre (loi du 27 ventôse an VIII, art. 80; art. 441 C. inst. crim.); 2° les poursuites dirigées contre les officiers de l'état civil pour inobservation des règles sur la tenue de leurs registres peuvent être ordonnées ou défendues par le ministre (avis du Conseil d'État du 30 juillet 1806); 3° il en est de même pour l'action qui tend à faire déclarer qu'un officier français est déchu de sa nationalité (ord. du 30 août 1839, art. 1er); 4° d'après la loi du 30 août 1883, le procureur général près la Cour de cassation ne peut poursuivre disciplinairement un magistrat devant le conseil supérieur de la magistrature que sur l'ordre du ministre de la justice.

Si les membres du ministère public sont ainsi subordonnés les uns aux autres, ils sont cependant complètement indépendants des cours et des tribunaux auprès desquels ils sont établis (1). Les juges n'ont pas le droit de les censurer ni de critiquer leurs conclusions, et le ministère public ne doit compte de sa conduite qu'au gouvernement. Aussi ne saurait-on approuver un usage, qui tend à disparaître aujourd'hui, et qui consistait de la part de certains procureurs généraux à signaler à la Cour ceux des magistrats du parquet qui s'étaient spécialement distingués dans leurs fonctions, car la Cour n'a pas plus le droit de leur distribuer des éloges que de leur infliger des blâmes. Il y aurait excès de pouvoir de la part d'un tribunal ou d'une cour qui se permettrait de critiquer le ministère public. Cette indépendance du ministère public vis-à-vis du tribunal ou de la Cour se manifeste par une sorte d'étiquette d'audience : le ministère public parle debout et reste couvert pendant l'audience, comme d'ailleurs les avocats; mais quand le président lit le jugement ou l'arrêt, il reste encore assis de même que les juges, tandis que les avocats, les avoués et leurs clients doivent se tenir debout.

Le principe de l'indépendance du ministère public vis-à-vis des tribunaux comporte cependant quelques exceptions : les tribunaux peuvent toujours ordonner la communication au ministère public, qui est alors tenu de donner ses conclusions (art. 83 C. pr.); les cours d'appel ont le droit de signaler au garde des sceaux, soit d'office, soit à la demande d'un tribunal, les officiers du ministère public qui compromettent leur caractère (loi du 20 avril 1810, art. 61); les cours d'appel et les chambres des mises en accusation peuvent ordonner des poursuites dans les cas de l'article 11 de la loi du 20 avril 1810 et de l'article 235 du Code d'instruction criminelle.

Enfin, le ministère public est un et indivisible (loi du 20 avril 1810, art. 60; décret du 6 juillet 1810, art. 50 à 52; ord. du 15 janvier 1826, art. 43, 45, 46, 48); cela ne signifie pas que ces officiers peuvent valablement agir hors de

(1) Crim. cass., 5 décembre 1879, D. P, 80, 1, 41.

leur ressort, ni que le procureur de la République a qualité pour remplir une fonction réservée au procureur général, mais que quand parle ou agit un des membres du ministère public, c'est le corps tout entier qui est censé parler ou agir. Aussi les différents membres du ministère public peuvent-ils alterner entre eux le service des audiences consacrées à une même affaire, tandis que les juges doivent avoir assisté à toutes ces audiences pour pouvoir prendre part au jugement (1). L'indivisibilité du ministère public se traduit aussi par une sorte d'étiquette intérieure : lorsqu'un membre du ministère public conclut ou requiert à l'audience, ceux qui prennent rang après lui se tiennent debout à ses côtés, car ils requièrent tous en nom collectif. Mais il ne faudrait pas croire que les conclusions prises par un officier du ministère public lient les autres, car cet officier n'est pas lui-même engagé par ses conclusions, et, comme il agit au nom de l'ordre public, on va même jusqu'à lui permettre d'attaquer le jugement qui a été rendu conformément à ses conclusions.

## § 18. — Avocats.

Les avocats sont des auxiliaires de la justice chargés de l'éclairer par la consultation et par la plaidoirie (2). Écrire l'histoire des avocats, ce serait aussi faire celle de la justice tout entière, car ils en sont les auxiliaires les plus indispensables. Les avocats formaient déjà dans les derniers siècles de l'empire romain de véritables corporations jouissant de droits propres et de certains privilèges; le nombre des avocats inscrits au tableau était même limité (3). Les corporations d'avocats ont passé de l'empire romain dans les juridictions canoniques du moyen âge et, de là, dans les juridictions laïques (4). L'ordre des avocats avait pris, au XVIIIe siècle, à la veille de la Révolution, une place considérable. Imbus des principes de la philosophie nouvelle, les avocats se jetèrent souvent, même à corps perdu, dans les controverses politiques du temps ; ils exercèrent une sérieuse influence sur les événements comme sur les doctrines qui préparèrent la Révolution ; mais quel ne fut pas leur découragement quand ils constatèrent qu'eux aussi allaient être sacrifiés avec toutes les anciennes corporations et les vieux privilèges ! L'article 10 de la loi du 11 septembre 1790 portait : « Les hommes de loi ci-devant appelés avocats, ne devant former ni ordre, ni corporation, n'auront aucun costume particulier dans leurs fonctions. » Et ces quelques mots, jetés négligemment dans une disposition relative au costume, firent disparaître l'ancienne corporation, plusieurs fois séculaire, des avocats. On a parfois prétendu, mais sans le prouver, que les avocats, en voyant leur profession menacée et ouverte à tous, avaient eux-mêmes contribué à sa destruction.

(1) Req., 10 mai 1875, D. P. 76. 1, 451.

(2) Principaux textes sur les avocats : loi du 22 ventôse an XII ; décret du 14 décembre 1810 ; ord. du 20 novembre 1822; ord. du 23 juin 1830 et du 27 août 1830; décret du 22 mars 1852; décret du 10 mars 1870.

(3) Voy. Bethmann Holweg, *Der Civilprocess des gemernein Rechts*, t. III, p. 61 et suiv.

(4) Fournier, *Les officalités au moyen-âge*, p. 33.

Désormais, les défenseurs officieux remplacèrent les avocats, et, pour prendre ce titre, il suffisait d'avoir obtenu un certificat de civisme. Tout défenseur officieux devait, pour chaque affaire, justifier au président de ses pouvoirs et les faire viser par lui, à moins que la partie (ou l'avoué) ne fût présente à l'audience (loi des 6-21 mars 1791, art. 36). « Ne craignez pas, disait-on à l'Assemblée constituante, que des intrigants ou de vils solliciteurs s'introduisent dans les tribunaux sous le nom de défenseurs officieux. Laissez aux parties la liberté du choix : l'intérêt se trompe rarement. » Pendant quelque temps, il est vrai, ce furent les anciens avocats qui se firent défenseurs officieux, et on prétend même que quelques-uns réorganisèrent secrètement les corporations. Mais bientôt le flot des intrigants envahit la profession comme le prétoire de la justice. Ce fut seulement la loi du 22 ventôse an XII qui rétablit les Écoles de droit et la profession d'avocat. Désormais, pour être avocat, il fallut obtenir le diplôme de licencié en droit et prêter serment. Mais l'ordre des avocats ne fut reconstitué que par le décret du 14 décembre 1810. On le doit à l'énergie persévérante de Cambacérès. Napoléon n'aimait pas les avocats, et il commença par refuser de signer le décret qui réorganisait leur ordre. « Tant que j'aurai l'épée au côté, écrivait-il à Cambacérès, jamais je ne signerai un pareil décret; je veux qu'on puisse couper la langue à un avocat qui s'en sert contre le gouvernement. » Le décret fut cependant signé et son préambule, œuvre de Cambacérès, contient même un éloge de la profession d'avocat, écrit dans le style byzantin de l'époque : « Lorsque nous nous occupons de l'organisation de l'ordre judiciaire et des moyens d'assurer à nos cours la haute considération qui leur est due, une profession, dont l'exercice influe puissamment sur la distribution de la justice, a fixé nos regards ; nous avons, en conséquence, ordonné le rétablissement du tableau des avocats, comme un des moyens les plus propres à maintenir la probité, la délicatesse, le désintéressement, le désir de la conciliation, l'amour de la vérité et de la justice, un zèle éclairé pour les faibles et les opprimés, base essentielle de leur état. » Mais après ces éloges viennent les dispositions du décret inspirées par l'empereur et qui sont pleines de méfiance et de sévérité : le tableau est dressé par le premier président et par le procureur général dans les cours d'appel; par le président et par le procureur impérial dans les tribunaux d'arrondissement, après avis de six anciens avocats (décret du 14 décembre 1810, art. 4); un avocat d'une cour ne peut plaider hors du ressort de cette cour, et un avocat d'un tribunal ne peut plaider hors du département qu'avec la permission du ministre de la justice (art. 10). Le conseil de discipline est formé par le procureur général, chaque année, sur une liste de présentation dressée par l'ordre des avocats et contenant un nombre de noms double de celui des membres du conseil (art. 17 et suiv.). Il est ordonné aux avocats de s'abstenir de toute supposition dans les faits, de toute surprise dans les citations, de tout discours inutile et superflu, de se livrer à des injures et à des personnalités offensantes, de s'écarter du respect dû à la justice, etc., etc. (art. 37 et suiv.).

L'Empire tombé, l'ordre des avocats réclama une certaine liberté et quelques-unes de ses anciennes franchises ; il obtint une satisfaction par-

tielle par l'ordonnance du 22 novembre 1820 sous la Restauration et, sous la monarchie de Juillet, une satisfaction complète par l'ordonnance du 27 août 1830. Désormais, l'ordre des avocats ne subit plus aucune modification importante ; seul un décret du 22 mars 1852 décida qu'à l'avenir le bâtonnier serait élu, non plus par l'ordre entier des avocats, mais par le conseil de discipline. Cette disposition a été toutefois abrogée dans les derniers temps du second Empire par un décret du 10 mars 1870 décidant qu'à l'avenir le bâtonnier serait élu à la majorité absolue par l'assemblée générale de l'ordre.

Pour pouvoir être avocat, il faut avoir obtenu le grade de licencié en droit. Comme trois années d'études suffisent pour y arriver, et qu'on peut être reçu bachelier à seize ans, il en résulte que rien ne s'oppose à ce qu'un mineur acquière le titre d'avocat. Mais cette profession est-elle aussi ouverte aux femmes et aux étrangers ? La première question a donné lieu en France et en Belgique à bien des controverses, et dans les rares circonstances où elle s'est présentée en pratique, les cours d'appel ont toujours refusé de recevoir le serment des femmes pourvues du diplôme de licencié en droit (1).

La question ne peut plus être discutée ; elle a été tranchée par la loi du 1er décembre 1900 qui admet les femmes pourvues du diplôme de licencié en droit à l'exercice de la profession d'avocat sous les conditions ordinaires de stage et de discipline. Cette réforme n'est pas aussi hardie qu'on l'a cru parfois, car il en est déjà ainsi dans un grand nombre d'autres pays, notamment dans trente-deux États et territoires de l'Union américaine, au Mexique, au Chili, aux Indes, au Canada, en Roumanie, en Russie, en Suède, en Norvège et dans plusieurs cantons suisses. Il n'est pas à craindre que cette aptitude éloigne les femmes de la vie de famille et elle peut donner à celles qui sont grevées de charges le moyen de les supporter honorablement. Toutefois, les femmes avocats ne pourront pas remplir par intérim les fonctions du ministère public ou celles de juge en cas d'empêchement ou de partage, parce que ces fonctions impliquent une participation à l'exercice de la puissance publique et la jouissance des droits politiques. De même, les avocats qui n'ont pas encore atteint l'âge requis pour les fonctions de la magistrature ne peuvent pas occuper provisoirement le siège du ministère public ni monter au tribunal pour le compléter ou le départager. Mais une question plus délicate est de savoir si les femmes appartenant au barreau peuvent faire partie du conseil de l'ordre. On paraît l'avoir admis dans les travaux préparatoires de la loi sans s'être arrêté sérieusement à la question. Le conseil de discipline exerce, en effet, un pouvoir de juridiction et, pour en faire partie, ne faut-il pas avoir la jouissance des droits politiques ? Cependant, comme il s'agit d'un pouvoir surtout disciplinaire attaché à la corporation, on pourra soutenir que les femmes faisant partie de cette corporation ont aussi le droit de participer à son exercice. D'ailleurs, les femmes font déjà partie d'autres juridictions de même nature et même d'un degré plus élevé ; notamment, elles peuvent être membres du conseil supérieur de l'instruction publique. Ce qui paraît plus certain, c'est que les femmes

(1) Bruxelles, 12 décembre 1888, D. P. 89, 2, 33 et ma note sous cet arrêt ; Cass. de Belgique, 11 novembre 1889, D. P. 90, 2, 8 ; Paris, 30 novembre 1897, D. P. 98, 2, 185 et ma note.

pouvant être avocats des cours d'appel, rien ne s'oppose à ce qu'elles soient admises à exercer la profession au Conseil d'État et à la Cour de cassation ; la loi du 1er décembre 1900 ne fait pas de distinction.

Pour les étrangers, il n'existe aucun texte. La doctrine et la jurisprudence ont toujours été presque unanimes pour refuser aux étrangers, pourvus d'ailleurs du grade de licencié en droit, l'accès du barreau. On en a donné pour raison que si la profession d'avocat ne constitue pas une fonction publique, du moins elle s'en rapproche singulièrement par les liens qui la rattachent à l'administration de la justice. On ajoute que l'avocat peut, dans l'exercice de sa profession, être appelé à monter au tribunal ou à occuper par intérim le siège du ministère public (1). Mais ces considérations semblent avoir perdu toute valeur depuis la loi du 1er décembre 1900 qui permet aux femmes d'exercer la profession d'avocat. Dirait-on, pour écarter les étrangers, qu'ils n'ont pas la jouissance des droits civils? Mais cette observation ne saurait s'appliquer aux étrangers autorisés à établir leur domicile en France, et, en outre, aucun texte ne permet d'affirmer qu'il s'agisse là d'un droit civil réservé aux Français. En vain invoque-t-on en sens contraire l'article 45 de l'ordonnance du 20 novembre 1822. On a maintes fois abusé de cet article pour soutenir qu'il fait revivre les anciens usages du barreau ; or il est certain qu'avant la Révolution les étrangers n'étaient pas admis à la profession d'avocat, mais cet article a un sens beaucoup plus étroit qu'on ne le prétend, car il résulte de son texte même qu'il n'entend faire revivre les anciens usages qu'autant qu'ils concernent les droits et les devoirs des avocats. Il est permis d'ajouter que les usages anciens contraires au droit public moderne ont également disparu. Personne ne soutiendrait plus aujourd'hui, sans faire sourire, que les protestants ne doivent pas être admis à la profession d'avocat (déclaration du 17 novembre 1685), que les douze plus anciens avocats à la Cour de Paris et les six plus anciens des autres cours doivent avoir, comme autrefois, le privilège de *committimus* (ord. de Moulins, art. 56), que les avocats peuvent prétendre à la noblesse personnelle et sont encore aujourd'hui exempts de certains impôts directs (2). Tout cela a disparu avec l'ancien régime et il faut en dire autant des usages qui sont contraires au principe moderne de la liberté des professions.

Le licencié en droit ne peut prendre le titre d'avocat qu'après avoir prêté serment à l'audience publique de la cour d'appel, sur la présentation d'un ancien avocat et sur les conclusions du ministère public. On a parfois soutenu que la cour d'appel peut, pour des causes graves, refuser l'admission au serment, mais cette solution est aujourd'hui très généralement repoussée. Quiconque réunit les conditions prescrites par la loi doit être admis au serment. Aucun texte ne confère à la Cour un pouvoir discrétionnaire ; elle ne peut donc refuser le serment qu'autant qu'une des conditions exigées par la loi fait défaut.

Une fois le serment prêté, le licencié n'a encore que le titre nu d'avocat ; pour pouvoir exercer la profession, il faut qu'il se fasse inscrire au barreau

(1) Voy. Aubry et Rau, 5e éd., t. I, p. 481, note 4 où se trouvent toutes les autorités en ce sens.

(2) Voy. Ferrière, v° *Avocat* et Houard, *Dictionnaire du droit normand,* v° *Avocat.*

d'une Cour ou d'un tribunal, d'abord en qualité de stagiaire pendant trois ans au moins, ensuite comme avocat titulaire. D'ailleurs, l'avocat stagiaire peut plaider et consulter, comme l'avocat inscrit au tableau, sauf dans les cas spéciaux et très rares où la loi exige cette dernière condition. Il ne peut pas toutefois siéger comme juge ou officier du ministère public par intérim, car la loi veut qu'on appelle les avocats dans l'ordre de leur inscription au tableau ; or les stagiaires ne sont pas encore inscrits à ce tableau.

A Paris, tout avocat qui demande à suivre le stage est soumis à une enquête préalable, faite par un des membres de l'ordre. On applique encore le règlement du parlement de Paris du 8 mai 1751, aux termes duquel tout postulant au stage doit justifier qu'il est logé convenablement et dans ses meubles. Ce n'est pas ici le lieu de faire connaître les obligations particulières aux stagiaires et destinées à les préparer à l'exercice de la profession. Ces obligations varient bien souvent suivant les cours et sont plus souvent encore assez mal observées. Tout stage interrompu pendant plus de trois mois est soumis à prolongation (1). De plus, le stage fait auprès d'un tribunal ne comptait pas autrefois pour l'inscription au barreau d'une cour, mais il en est autrement aujourd'hui depuis l'ordonnance du 27 août 1830 (art. 4) qui a supprimé toute distinction entre les avocats des cours d'appel et ceux des tribunaux d'arrondissement (2). La plupart des barreaux des cours d'appel résistent à cette solution, mais sans donner aucune raison sérieuse.

D'après l'ordonnance du 20 novembre 1822, encore aujourd'hui en vigueur, lorsqu'un avoué licencié donne sa démission pour embrasser la profession d'avocat, il est soumis à un stage de trois ans; il en était autrement sous l'empire du décret de 1810 et même dans notre ancien droit où l'on considérait avec raison comme un stage suffisant l'exercice de la profession d'avoué ou de procureur, pourvu qu'il se soit prolongé pendant trois années au moins; l'ordonnance de 1822 a eu le tort de confondre le praticien habitué aux affaires du palais avec le stagiaire qui vient de quitter les bancs de l'école.

On n'est admis au stage qu'en vertu de la décision du conseil de l'ordre et, une fois le stage terminé, une nouvelle décision est nécessaire pour que le stagiaire puisse monter au tableau. Ce tableau a été emprunté au droit romain des derniers siècles de l'Empire. Dans sa constitution 9 au titre *De advocatis*, Justinien décide que les avocats devront être rayés de l'ordre du tableau lorsqu'ils se seront absentés de leur résidence pendant plusieurs années. Au XIVe siècle, le tableau est déjà mentionné en France et quiconque n'y est pas inscrit n'est pas admis à plaider. Ce rôle des avocats fut d'abord dressé par les parlements ; mais peu à peu les avocats ont réclamé le droit de constituer eux-mêmes leur tableau. Lorsqu'on le leur concéda, ils formulèrent de nouvelles prétentions, soutenant qu'ils étaient les maîtres de leur tableau et que leurs décisions échappaient à tout contrôle des parlements. Ils n'ont jamais renoncé autrefois à cette prétention, mais ils ne sont jamais non plus parvenus à la faire admettre. Les par-

(1) Dijon, 31 janvier 1894, D. P. 95, 2, 27.
(2) Civ. cass., 29 août 1877, D. P. 77, 1, 489.

lements se sont toujours reconnu le droit de statuer en appel des décisions qui refusaient d'inscrire un avocat au tableau ou qui ordonnaient sa radiation (1).

Le tableau disparut en 1790 avec l'ordre des avocats et, bien que les avocats aient reparu avec les Facultés de droit dès la loi du 22 ventôse an XII, cependant le tableau ne fut rétabli que par le décret du 14 décembre 1810.

Aujourd'hui comme autrefois, les avocats répètent qu'ils sont maîtres de leur tableau, et les ouvrages écrits par des avocats sur l'exercice de leur profession ne laissent même pas soupçonner, sur ce point, l'existence d'une difficulté quelconque. Cependant la maxime : « les avocats sont maîtres de leur tableau », déjà repoussée autrefois par les parlements, a subi bien des vicissitudes pendant la seconde partie du XIXe siècle et on peut dire qu'il n'en reste presque rien.

Les avocats ont toujours entendu être maîtres de leur tableau, en ce sens qu'ils se sont attribué le droit absolu d'admettre ou de rejeter quiconque se présente au stage ou au tableau, sans être tenus de faire connaître les motifs de leur décision et sans que cette décision puisse être attaquée ou réformée par la cour d'appel. Pendant un certain temps, cette prétention fut acceptée, surtout sous l'influence du procureur général Dupin, qui fut toujours très favorable à l'ordre des avocats. « Le droit d'appel, disait en 1850 cet éminent magistrat à la Cour de cassation, s'il était autorisé contre les refus d'admission, dénaturerait la juridiction des conseils de discipline. Pourquoi en effet les avocats sont-ils et doivent-ils rester maîtres de leur tableau ? C'est que le conseil de discipline de l'ordre des avocats constitue un grand jury où chacun est jugé par ses pairs. » En faveur de cette thèse, on invoquait les anciens usages et l'article 45 de l'ordonnance du 20 novembre 1822 qui prescrit de les respecter. On ajoutait que la même ordonnance n'autorise un avocat à appeler de la décision disciplinaire qui le frappe, qu'autant qu'il s'agit de la peine de la suspension ou de celle de la radiation. Cette voie de recours est donc exclue dans les autres cas, précisément parce que le conseil de discipline est le juge souverain de toutes les questions qui intéressent l'honneur et la dignité de la profession (2).

Cette jurisprudence avait bien rencontré parfois des contradicteurs, et quelques arrêts avaient décidé que les refus d'admission au stage ou au tableau pouvaient être déférés en appel à la Cour (3). Mais c'étaient là des arrêts isolés. Un revirement sérieux ne s'est opéré dans la jurisprudence qu'à partir du jour où le procureur général Dupin quitta la Cour de cassation. Ce revirement a pris son point de départ dans l'article 24 de l'ordonnance du 20 novembre 1822, qui reconnaît à l'avocat le droit d'appeler devant la Cour de la décision rendue contre lui par le conseil de discipline, lorsque cette

(1) Voy. en dernier lieu Bachaumont, t. IX, p. 123. Voy. cependant Denisart v° *Avocat*.

(2) Lyon, 27 février 1846, D. P. 46, 2, 49 ; civ. cass., 22 janvier 1850, D. P. 50, 1, 17 ; Cass., 6 mars 1860, S. 60, 1, 199.

(3) Caen, 11 janvier 1837, *Jur. gén.*, v° *Avocat*, n° 108 ; Lyon, 24 février 1848, D. P. 49, 2, 180.

décision prononce la peine de la radiation ou celle de la suspension (1). Le motif de cette disposition est facile à découvrir : l'avocat est, en pareil cas, privé d'un droit acquis, celui d'exercer la profession devant le tribunal ou la Cour. On en a conclu que le droit d'appel doit être admis, toutes les fois que la décision du conseil de discipline produit ce résultat, notamment si ce conseil a écarté la demande de réinscription formée par un avocat qui avait quitté le barreau ou celle d'un avocat qui désire passer d'une cour à une autre (2). Dans ces cas, en effet, le refus de réinscription ou d'admission au tableau porte atteinte à un droit antérieurement acquis. Mais ces premières décisions ne tranchaient pas encore la question de savoir si le conseil de l'ordre est souverain pour l'inscription des stagiaires au tableau et pour l'admission des licenciés au stage. Toutefois, à la date du 29 juillet 1867, sur les conclusions conformes du procureur général Delangle, la Cour de cassation déclarait susceptibles d'appel les décisions des conseils de discipline qui refusent d'inscrire un stagiaire au tableau, quoiqu'il réunisse les conditions prescrites par les règlements. La Cour de cassation s'est fondée encore sur ce que le stagiaire a droit acquis de monter au tableau (3). Dans cette doctrine, comme on le voit, le stage n'est plus une épreuve, mais une préparation à la profession. Une fois entrée dans cette voie, la jurisprudence n'a pas hésité à aller plus loin et à accorder aussi le droit d'appel aux licenciés qui, après avoir prêté serment, éprouvent un refus d'admission au stage. N'est-ce pas en effet un droit acquis pour le stagiaire que celui d'exercer la profession d'avocat ? Il semblait dès lors que la jurisprudence établissait une certaine distinction pour l'application de la prétendue maxime : « Les avocats sont maîtres de leur tableau », qu'elle écartait cette maxime toutes les fois qu'il s'agissait d'un droit acquis, mais qu'elle reconnaissait au conseil de discipline le droit de statuer souverainement et sans appel sur les questions d'honorabilité des licenciés qui demandent à être inscrits au stage ou des stagiaires qui demandent à monter au tableau. Il a en effet été rendu des arrêts en ce sens (4). La jurisprudence a fini cependant par écarter toute distinction et par autoriser l'appel, même lorsque les refus d'admission au stage ou au tableau sont fondés sur des défauts d'honorabilité. C'est qu'en effet certains conseils de discipline avaient rendu des décisions fort contestables, par exemple en refusant d'admettre au stage ou au tableau des personnes, par cela seul qu'elles avaient précédemment exercé certaines professions, celles d'huissier par exemple, ou encore parce qu'elles appartenaient à un certain culte, notamment au culte israélite. La jurisprudence a décidé avec raison que la liberté du travail et celle des professions forment un des principes fondamentaux de la société moderne et que le législateur n'a pas eu l'intention d'y déroger en reconstituant la corporation des avocats. Il

(1) Dijon, 2 janvier 1866, D. P. 67, 2, 93 ; Nancy, 22 janvier 1870, D. P. 70, 2, 31.
(2) Cass., 29 juillet 1867, D. P. 67, 1, 321. Voy. aussi Dijon, 2 janvier 1866, D. P. 67, 2, 93 ; Douai, 25 juillet 1866, D. P. 67, 2, 94.
(3) Civ. cass., 8 janvier 1868, D. P. 68, 1, 54.
(4) Bastia, 17 novembre 1855, D. P. 56, 2, 254 ; Alger, 24 février 1862, D. P. 62, 2, 178 ; Alger, 4 novembre 1889, D. P. 91, 2, 141 ; Rennes, 18 juillet 1895, D. P. 96, 2, 247 ; Toulouse, 11 février 1885, D. P. 85, 2, 233 et ma note sous cet arrêt.

en résulte que toute personne réunissant les conditions prescrites par la loi a le droit acquis d'exercer la profession d'avocat et que, dès lors, la décision du conseil de discipline, qui porte atteinte à ce droit acquis par un refus d'admission au stage ou au tableau, peut être attaquée par appel devant la Cour. En reconstituant la corporation des avocats, la loi n'a pas entendu autre chose que d'assurer la bonne administration de la justice, tout en laissant libre la profession d'avocat sous les conditions déterminées par la loi. Les conseils de discipline ne sauraient porter atteinte à cette liberté en rejetant souverainement les demandes formées par des personnes qui réunissent les conditions légales. L'appel est d'ailleurs de droit commun toutes les fois qu'il s'agit de droits acquis et les cours auxquelles sont déférées les décisions des conseils de discipline sont aussi soucieuses que ces conseils de la dignité de la profession d'avocat. En vain invoque-t-on l'article 45 de l'ordonnance du 20 novembre 1822 qui maintient, dit-on, les anciens usages du barreau. Or, autrefois, le barreau était maître de son tableau. Nous avons déjà montré qu'on a trop souvent abusé de cet article 45 qui concerne seulement les droits et les devoirs des avocats (1). En outre, on se trompe en plaçant parmi les anciens usages la prétendue maxime : « Les avocats sont maîtres de leur tableau », puisque les parlements ne l'ont pas reconnue. Nous admettrons donc, avec la jurisprudence, que, dans tous les cas où la décision d'un conseil de discipline porte atteinte à un droit acquis, quel que soit le motif sur lequel elle se fonde, elle est susceptible d'appel à la Cour (2). Mais au contraire les décisions des conseils de discipline restent souveraines, du moment qu'elles n'atteignent aucun droit acquis et, par exemple, lorsqu'elles statuent sur des questions de rang entre avocats (3).

La profession d'avocat est incompatible avec toutes les fonctions de l'ordre judiciaire, excepté celles de juge suppléant non rétribué, avec les fonctions de préfet, sous-préfet, secrétaire général, avec celles de greffier, commis greffier assermenté (4), notaire, avoué, huissier; avec les emplois à gage et ceux d'agent comptable, avec toute espèce de négoce, avec la profession d'agent d'affaires (ord. du 20 novembre 1822, art. 42). La loi est même particulièrement sévère pour les agents d'affaires, en déclarant que ceux qui exercent cette profession sont exclus du barreau. Cette énumération est manifestement limitative, par cela même qu'elle déroge au principe de la liberté des professions. Mais les conseils de discipline des avocats ne l'entendent pas ainsi et, toujours en vertu de leur prétention d'être maîtres de leur tableau, ils ajoutent d'autres causes d'incompatibilité à celles établies par la loi. La jurisprudence résiste à leur prétention toutes les fois que cette incompatibilité ne résulte pas d'un argument *a fortiori* tiré du texte même de la loi. Ainsi certaines personnes, pourvues du diplôme de licencié en droit, et qui ont même prêté le serment d'avocat sans être attachées à aucun barreau, exercent la

(1) Civ. rej. et civ. cass., 9 mai 1893, D. P. 93, 1, 337 ; Nîmes, 7 décembre 1893, D. P. 94, 2, 56.

(2) Req., 14 février 1872, D. P. 72, 1, 111 ; Dijon, 30 janvier 1894, D. P. 95, 2, 27; Rennes, 29 janvier 1895, D. P. 95, 2, 268.

(3) Rouen, 21 février 1877, *Jur. gén.*, *Supplément*, n° 65,

(4) Toulouse, 9 février 1899, D. P. 1900, 2, 103.

profession de praticien, c'est-à-dire en réalité se livrent aux actes de la vie judiciaire de l'avocat ou de l'avoué dans les juridictions où le monopole des avocats et des avoués n'existe pas. Ces personnes plaident et suivent les procédures devant les tribunaux de commerce et devant les juges de paix. Les conseils de discipline refusent cependant de les inscrire au stage ou au tableau, sous prétexte qu'ils sont maîtres de leur tableau et qu'en outre ces praticiens ne sont que des agents d'affaire, exclus par l'article 42 de l'ordonnance du 20 novembre 1822. C'est une erreur de confondre l'agent d'affaires avec le praticien ou encore de dire que le premier est au second ce que le genre est à l'espèce. L'agent d'affaires est celui qui se charge de la gestion ou de la direction des intérêts d'autrui ; le contrat qu'il passe avec son client est presque toujours un mandat, mais fort souvent aussi un louage de service. Le praticien, au contraire, donne des conseils, des consultations, plaide, en un mot fait tous les actes de la profession d'avocat et de celle d'avoué dans les juridictions où le monopole des avocats et des avoués n'existe pas. Il n'est donc pas permis d'étendre l'incompatibilité et l'exclusion établies par l'article 42 de l'ordonnance du 20 novembre 1822 pour les agents d'affaire aux praticiens et ceux-ci doivent être admis au barreau s'ils sont licenciés en droit (1).

De même, de ce que l'ordonnance exclut de la profession d'avocat les personnes qui exercent celle d'agent d'affaires, certains conseils de discipline en concluent qu'il faut exclure du barreau même ceux qui ont cessé d'exercer cette profession. Cette extension de ce que la loi dit de l'agent d'affaires à celui qui a précisément cessé de l'être, est tout à fait arbitraire. Sans doute, si un conseil de discipline estime qu'un ancien agent d'affaires ne satisfait pas aux conditions d'honorabilité qu'on est en droit d'imposer à tout avocat, il peut l'écarter pour ce motif, mais non pas pour la seule raison qu'il a été autrefois agent d'affaires.

Il est aussi tout à fait arbitraire de refuser l'accès du barreau aux ecclésiastiques pourvus du diplôme de licencié en droit, comme l'a fait autrefois le conseil de l'ordre de Paris pour le Père Lacordaire. L'article 42 de l'ordonnance du 20 novembre 1822 ne mentionne pas l'état ecclésiastique parmi les incompatibilités. En vain a-t-on dit que tout avocat doit avoir en lui l'aptitude, ou tout au moins le germe de l'aptitude, aux fonctions judiciaires; or un clerc ne peut pas être magistrat. Cette raison ne nous paraît pas décisive, car elle conduirait à exclure de la profession d'avocat ceux qui n'ont pas atteint l'âge exigé pour les fonctions judiciaires. Au contraire, les conseils de discipline consentent assez volontiers à conserver au tableau les avocats devenus ministres, bien que leur exclusion semble devoir s'imposer par argument *a fortiori* de ce que la loi déclare le barreau incompatible avec les fonctions de préfet (2). A Paris même, le conseil de l'ordre des avocats sollicita M. Grévy, devenu Président de la République, de rester au tableau, mais celui-ci déclina avec raison cet honneur, à cause de sa qualité de chef d'État. Les conseils de discipline refusent aussi parfois, mais cependant moins rigoureusement de nos jours, l'accès du barreau ou même du stage aux clercs

(1) Req., 11 novembre 1895, D. P. 96, 1, 65 et ma note. Voy. aussi Montpellier, 28 avril 1894, D. P. 94, 2, 571.

(2) Caen, 19 octobre 1898, dans la *France judiciaire*, 1899, p. 117.

d'avoué ou de notaire. Une question plus délicate est celle de savoir si un conseiller de préfecture peut cumuler avec ses fonctions l'exercice de la profession d'avocat. En faveur de la négative, on fait observer que les conseillers de préfecture sont de véritables juges administratifs, mais il nous semble que précisément pour ce motif l'incompatibilité n'existe pas, ni même avec les fonctions de conseiller d'État, car l'article 42 de l'ordonnance du 20 novembre 1822 n'établit l'incompatibilité que pour les magistrats de l'ordre judiciaire; or les conseillers d'État et les conseillers de préfecture sont des magistrats de l'ordre administratif (1). On a, au contraire, toujours été d'accord pour reconnaître, en doctrine et en jurisprudence, que les professeurs titulaires, adjoints ou agrégés des Facultés de droit peuvent exercer la profession d'avocat.

Cette profession consiste à consulter et à plaider; consulter, c'est donner son avis verbalement ou par écrit sur une question de droit; plaider, c'est exposer verbalement à l'audience la prétention du client. On est loin de s'entendre, même aujourd'hui, sur la nature du contrat qui intervient entre un avocat et son client. Les uns y voient, bien à tort selon nous, un mandat, car l'avocat, à la différence de l'avoué, ne représente pas la partie. Les consultations et les plaidoiries sont des actes essentiellement personnels, comme l'exercice de la profession médicale ou d'une profession littéraire, scientifique ou artistique. Aussi, certains auteurs estiment que l'exercice de ces différentes professions, n'étant pas par lui-même estimable en argent, ne peut pas faire l'objet d'un contrat obligatoire pour l'avocat, de sorte que si celui-ci manque à son engagement, il ne peut pas être actionné en dommages-intérêts pour violation du contrat, mais seulement, s'il y a lieu, par application de l'article 1382 du Code civil. On ajoute à l'appui de cette opinion que la somme reçue par l'avocat est si peu le prix d'un louage de service qu'on l'appelle honoraire. Les partisans de ce système admettent sans difficulté que le client est valablement obligé vis-à-vis de l'avocat : l'exercice de la profession ne peut pas être l'objet d'un contrat de la part de l'avocat, mais peut en devenir la cause de la part du client. D'autres, pour éviter ces subtilités, se bornent à dire qu'il s'agit d'un contrat innomé, d'une nature particulière, mais d'ailleurs obligatoire aussi bien pour l'avocat que pour son client. Pour nous, nous préférons dire qu'il s'agit là tout simplement d'un contrat de louage de service : l'avocat, comme le médecin, loue ses services et ceux qu'il rend sont, comme toute autre chose, estimables en argent, comme le prouve la variété des honoraires, pour ne pas dire des salaires, dus par les clients, suivant la réputation de l'avocat et l'importance de l'affaire (2).

Sous l'empire du décret du 14 décembre 1810 et de l'ordonnance du 20 novembre 1822 (art. 39 et 40), un avocat d'une cour d'appel ne pouvait pas plaider hors du ressort de cette cour sans avoir obtenu, de l'avis du conseil de discipline, l'autorisation du ministre de la justice, et les avocats

(1) Voy. en sens contraire, Besançon, 30 novembre 1898 dans la *France judiciaire*, année 1899, p. 9.

(2) Lyon, 1er juillet 1891, D. P. 92, 2, 78. Dans le sens d'un mandat, voy. Agen, 4 mars 1889, D. P. 90, 2, 281 et ma note.

des tribunaux de première instance n'avaient le droit de plaider qu'à la cour d'assises et dans les tribunaux de leur département. Aujourd'hui tout avocat inscrit au tableau ou au stage d'une cour ou d'un tribunal peut plaider devant tous les tribunaux de la France, sauf exception pour le Conseil d'État et pour la Cour de cassation (ord. du 27 août 1830, art. 4 et ord. du 30 mars 1835).

Il faut bien s'entendre sur le sens du monopole des avocats. Quant à la consultation, ils n'exercent un droit exclusif que dans les cas rares où la loi la prescrit, notamment en matière de transaction intéressant un mineur en tutelle (art. 467 C. civ.) et en matière de requête civile (art. 495 C. pr.); dans les autres cas, toute personne peut donner des consultations. Le monopole de la plaidoirie n'est pas non plus semblable à celui de l'avoué. En matière civile, toute partie peut exposer elle-même son affaire et c'est seulement si elle ne le veut ou ne le peut qu'elle doit choisir un avocat, lorsque le procès est pendant devant une cour d'appel ou devant un tribunal d'arrondissement; mais, dans les autres juridictions, on peut faire plaider sa cause par une personne quelconque. Au criminel, l'accusé peut faire présenter sa défense par un parent ou ami, avec la permission du président de la cour d'assises (art. 295 C. inst. crim.). On a proposé à tort d'étendre cette règle aux affaires civiles, car elle est d'une nature exceptionnelle et les exceptions doivent s'entendre restrictivement.

D'un autre côté, les avoués sont admis parfois à plaider. Et d'abord, ils peuvent exposer eux-mêmes les incidents des procédures des affaires dans lesquelles ils occupent (ord. du 27 février 1822, art. 5); en second lieu, dans les tribunaux où le nombre des avocats est insuffisant, la cour d'appel peut chaque année donner aux avoués de ces tribunaux une autorisation générale de plaider, même s'il s'agit de tribunaux chefs-lieux de département ou de cours d'assises. Mais cette autorisation générale ne saurait être accordée aux avoués des tribunaux d'arrondissement où se trouvent les chefs-lieux de cour d'appel, parce que, dans ce dernier cas, il y a toujours un collège nombreux d'avocats (décret du 25 juin 1878). Enfin, même dans les tribunaux où les avocats sont en nombre, les avoués peuvent plaider lorsque tous les avocats, pour une raison quelconque, le plus souvent à la suite de difficultés collectives avec la cour ou le tribunal, refusent en masse d'exercer leurs fonctions. Dans ce dernier cas, chaque avoué a besoin d'une autorisation spéciale de la cour pour chaque affaire.

Les avocats plaident debout et couverts; mais ils doivent se découvrir lorsqu'ils prennent des conclusions ou lisent des pièces du procès, parce qu'ils remplacent en pareil cas les avoués (décret du 14 décembre 1810, art. 35).

Les avocats sont tenus d'un certain nombre de devoirs professionnels et jouissent aussi en retour de différentes prérogatives. Ils doivent garder le secret des révélations qui leur sont faites; aussi ne sont-ils pas obligés de déposer en justice sur ce qu'ils ont appris de cette manière et l'article 378 du Code pénal leur serait applicable s'ils révélaient les secrets qui leur ont été confiés. Ils ne peuvent pas non plus se rendre cessionnaires de droits litigieux (art. 1597 C. civ.). Les usages du barreau interdisent aussi aux

avocats un certain nombre d'actes dans l'intérêt même de la dignité de la profession. C'est ainsi que l'avocat encourrait une peine disciplinaire s'il passait avec son client le pacte *de quota litis* pour partager avec lui les bénéfices du procès (1). Nous avons déjà dit que le conseil de discipline peut refuser d'admettre au stage ou au barreau tous ceux qui ne paraissent pas réunir les conditions d'honorabilité et qu'on admet même parfois que leurs décisions sont souveraines sur ce point (2). D'une manière générale, le conseil de discipline peut réprimer toute faute commise par un avocat, même en dehors de la profession et dès qu'elle est de nature à compromettre son caractère (3). L'avocat coupable d'une faute ne peut pas échapper à la répression du conseil de discipline ordonnant sa démission (4).

Quelques conseils de discipline se montrent même parfois très rigoureux et répriment ceux qui se servent de marques extérieures pour se faire connaître des clients. Mais les cours d'appel atténuent souvent ces exigences exagérées (5). Certains conseils de discipline estiment que tout avocat doit résider au siège même du tribunal, mais la jurisprudence se montre moins rigoureuse et se borne à imposer la résidence dans l'arrondissement (6). On a voulu aussi imposer à l'avoué devenu avocat l'obligation de ne pas habiter dans la maison où est établi son successeur, et cette prétention a été écartée (7). Les tribunaux ne peuvent pas non plus imposer des usages aux avocats et par exemple l'obligation de faire des visites aux membres d'un tribunal auquel ils ne sont pas attachés, lorsqu'ils viennent y plaider (8).

Les avocats ont droit à des honoraires qu'ils peuvent réclamer en justice, mais, en fait, ils s'abstiennent toujours d'agir, et celui qui contreviendrait à cet usage risquerait des peines disciplinaires. Si l'avocat est obligé de se déplacer, il peut, sans manquer aux traditions de l'ordre, demander, même au préalable, des frais de déplacement, car il ne s'agit plus alors d'honoraires, mais de simples déboursés. Quand un avocat est nommé d'office, non seulement les usages lui défendent de demander des honoraires, mais il ne doit même pas accepter ceux qui lui seraient offerts.

Le cabinet de tout avocat est inviolable; la police ne peut y rechercher ni la personne d'un prévenu, ni les preuves d'un crime ou d'un délit, à moins que l'avocat ne soit lui-même le prévenu. De même, il jouit, pour la défense des intérêts de son client, de la plus entière liberté et il ne saurait être poursuivi pour diffamation ou injure à raison de ses plaidoiries ou de ses consultations, du moment qu'il s'agit de faits relatifs à la cause (loi du

(1) Cass., 22 avril 1898, *France judiciaire*, 1898, p. 286.
(2) Dijon, 31 janvier 1894, D. P. 95, 2, 27; req. 13 décembre 1886, D. P. 87, 1, 310.
(3) Req., 9 juin 1890, D. P. 91, 1, 453.
(4) Bruxelles, 25 mai 1887, D. P. 88, 2, 102.
(5) Aix, 17 mai 1894, D. P. 94, 2, 469; Toulouse, 20 février 1896, D. P. 96, 2, 372.
(6) Cass., 9 mai 1893, D. P. 93, 2, 337; Nîmes, 7 décembre 1893, D. P. 94, 2, 56; Montpellier, 5 mai 1900, D. P. 1900, 2, 367.
(7) Limoges, 3 juin 1889, D. P. 90, 2, 318.
(8) Chambéry, 22 janvier 1895, D. P. 95, 2, 544.

27 mai 1819, art. 23). D'ailleurs, l'avocat n'est pas responsable des conseils qu'il donne ni des plaidoiries qu'il prononce, et comme il n'est pas le mandataire du client, celui-ci n'est pas tenu de le désavouer; mais s'il parle en présence de l'avoué, ce qu'il dit est censé dit et accepté par l'avoué.

L'avocat a droit à l'audience au respect des magistrats, des parties et de l'auditoire. On a même prétendu qu'il est protégé par l'article 224 du Code pénal qui punit d'une manière spéciale l'outrage commis envers un officier ministériel dans l'exercice de ces fonctions. Cette solution parait très contestable, car elle suppose une extension de cet article 224, qui n'est pas permise en matière répressive.

Les avocats peuvent être appelés à suppléer les juges et les officiers du ministère public, à la condition qu'ils soient montés au tableau et qu'ils aient atteint l'âge requis de ces magistrats. De même, on les appelle parfois pour vider un partage (art. 84, 118, 468 C. pr.). On doit les faire monter au tribunal suivant l'ordre du tableau. Certains auteurs ont soutenu et des arrêts ont décidé que l'avocat appelé à siéger par intérim au tribunal doit au préalable prêter le serment imposé aux magistrats; cette solution est inadmissible, aucun texte n'imposant cette formalité. En outre, on ne voit pas comment le serment d'un magistrat pourrait s'adapter à un avocat qui siège par intérim (1). La formule du serment des avocats ne contient, il est vrai, aucun engagement quant à l'exercice éventuel des fonctions de magistrat, mais c'est précisément parce que cet exercice est un pur accident et que dans une formule de serment il est naturel de ne prévoir que les fonctions les plus habituelles (2). La formalité du serment est d'ailleurs absolument contraire à l'esprit de la loi. Celle-ci a voulu qu'en cas d'empêchement d'un juge ou d'un officier du ministère public on pût compléter sur-le-champ le tribunal, et on voit tout de suite quelles entraves seraient apportées à l'administration de la justice si l'avocat, avant de monter au tribunal, plus ou moins éloigné du lieu où siège la cour d'appel, devait se transporter au préalable dans ce lieu pour prêter serment devant la cour (3).

Les avocats d'un tribunal ou d'une cour sont représentés par un conseil de discipline, dit conseil de l'ordre, dont les membres sont élus en assemblée générale des avocats inscrits au tableau et à la majorité absolue des membres présents (4); les stagiaires ne prennent pas part au vote. On a longtemps admis que, dans le cas où deux avocats obtiennent le même nombre de voix, la préférence doit être accordée à celui qui est le plus ancien suivant l'ordre

(1) Ce serment est ainsi conçu . « Je jure et promets de bien remplir mes fonctions, de garder religieusement le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un bon et loyal magistrat. » (Décret du 22 mars 1852, art. 8.)

(2) Ce serment est ainsi conçu : « Je jure de ne rien dire ou de publier, comme défenseur ou conseil, de contraire aux lois, aux règlements, aux bonnes mœurs, à la sûreté de l'État et à la paix publique et de ne jamais m'écarter du respect dû aux tribunaux et aux autorités publiques. »

(3) En ce sens, Cass., 26 décembre 1883, D. P. 84, 1, 169 et ma note sous cet arrêt où sont relevées les autorités dans les deux sens. Voy. aussi req., 21 et 29 janvier 1884, D. P. 84, 1, 472.

(4) Sur la nécessité de la majorité absolue, voy. Pau, 21 juillet 1883, D. P. 94, 2, 174.

du tableau ; cet usage est aujourd'hui contesté et on décide que, dans le silence de la loi, il y a lieu de procéder pour ce siège à une nouvelle élection (1).

La loi n'a pas fixé l'époque à laquelle doivent se faire les élections des membres du conseil de l'ordre et, quoique l'usage soit de procéder dans le mois qui suit la rentrée judiciaire, rien ne s'oppose à ce qu'elles aient lieu à une autre date, par exemple pendant le dernier mois de l'année judiciaire, pourvu que ce changement aux habitudes ordinaires ne soit pas inspiré par un esprit de fraude (2). La loi n'ayant établi aucune incompatibilité pour cause de parenté, rien n'empêche que deux parents, même au degré le plus rapproché, par exemple le père et le fils, soient élus dans le même conseil de discipline ; seulement, s'ils siègent ensemble en matière disciplinaire, on pourra appliquer l'article 378 du Code de procédure relatif à la récusation (3).

Le nombre des membres du conseil de l'ordre varie suivant le nombre des avocats du siège. Il est de cinq, si l'ordre compte moins de trente avocats ; de sept, si le nombre des avocats est supérieur à trente et inférieur à cinquante ; de neuf, s'il y a plus de cinquante avocats et moins de cent ; de quinze, s'il y a plus de cent avocats. A Paris, le nombre des membres du conseil de l'ordre est invariablement fixé à vingt et un, y compris le bâtonnier. L'éligibilité se restreint aux anciens de l'ordre : à Paris, il faut être avocat depuis plus de dix ans et, en province, depuis plus de cinq ans. Lorsqu'un tribunal ne compte pas plus de cinq avocats, ceux-ci n'élisent qu'un bâtonnier et le pouvoir disciplinaire est exercé par le tribunal (4). S'il n'y a que deux ou un seul avocat, il ne peut plus même être question d'élire un bâtonnier.

Ce nom de bâtonnier vient de ce qu'autrefois, à l'époque où les corporations figuraient dans les processions, le chef de l'ordre des avocats portait à la main le bâton de saint Nicolas, un des nombreux patrons de cet ordre. L'ordonnance du 27 août 1830, art. 3, voulait que le bâtonnier fût élu comme les autres membres du conseil, par l'assemblée générale de l'ordre, à la majorité absolue et par scrutin séparé, qui devait même précéder celui des autres membres. Ces dispositions furent abrogées par le décret du 22 mars 1852, qui fait élire le bâtonnier par les seuls membres du conseil de discipline et parmi les membres de ce conseil, à la majorité absolue. En dernier lieu un décret du 10 mars 1870 en est revenu au système de l'ordonnance de 1830, mais il impose, lui aussi, la majorité absolue. L'élection ne peut donc pas avoir lieu, même après un certain nombre de tours de scrutin sans résultat, à la majorité relative (5).

Le conseil de discipline représente l'ordre dans tous les actes de la vie civile ou judiciaire et il défend les intérêts de l'ordre dans toutes les circonstances (6) ; mais il doit s'abstenir, sous peine d'excès de pouvoir, de censurer

(1) Pau, 21 juillet 1883, D. P. 94, 2, 174.
(2) Pau, 21 juillet 1883, D. P. 94, 2, 174 et ma note sous cet arrêt.
(3) Req., 22 juillet 1895, D. P. 96, 1, 373
(4) Alger, 4 novembre 1889, D. P. 91, 2, 141.
(5) Pau, 21 février 1883, D. P. 83, 2, 187, et ma note sous cet arrêt ; Paris, 18 novembre 1891, D. P. 92, 2, 431.
(6) Trib. de paix d'Alger, 8 décembre 1898, D. P. 1900, 1, 105.

les actes des magistrats (1). Il statue sur les demandes d'admission au stage ou au tableau, non pas souverainement, comme le prétendent les avocats, mais à charge d'appel à la Cour. Il exerce un droit de surveillance sur tous les avocats, et particulièrement sur les stagiaires. Son pouvoir disciplinaire ne se restreint pas aux infractions commises par les avocats dans l'exercice de leur profession; il s'applique aussi aux faits de la vie privée, surtout si leur notoriété peut nuire à la considération. Le conseil exerce ce pouvoir disciplinaire, soit d'office, soit sur la plainte des particuliers, soit sur celle du ministère public. Quand une instruction judiciaire est commencée contre un avocat, il est d'usage qu'il attende que la justice ait prononcé avant de reprendre l'affaire au point de vue disciplinaire, pour ne pas influencer la décision des juges.

Aucune peine disciplinaire ne peut être prononcée si l'avocat n'a pas été entendu ou appelé huit jours au moins à l'avance. Le conseil de discipline peut infliger : l'avertissement; la réprimande avec censure ; la suspension, qui ne saurait excéder un an ; la radiation, qui prive du droit d'exercer la profession, du moins auprès du tribunal ou de la cour où était jusqu'alors inscrit l'avocat; rien ne s'oppose à ce que celui-ci puisse demander et obtenir son inscription ailleurs. Mais il n'a plus le droit de venir plaider devant le tribunal ou la cour dont il a été rayé (2). Il semble même que la radiation retire seulement l'exercice public de la profession d'avocat, de sorte que celui qui subit cette peine pourrait encore donner des consultations. Ce qui est certain, c'est qu'il ne peut plus porter la robe, au risque de tomber sous l'application de l'article 259 du Code pénal (3).

Depuis le décret du 22 mars 1852, il existe une cinquième peine, l'interdiction pendant dix ans ou plus de faire partie du conseil de l'ordre.

L'avocat frappé d'une peine disciplinaire ne peut appeler que dans deux cas, celui de suspension et celui de radiation, parce que ces deux peines le privent, à perpétuité ou à temps, du droit d'exercer sa profession devant un tribunal ou devant une cour. L'appel est limité à dix jours à partir de celui où l'avocat a eu connaissance de la décision (ord. du 20 novembre 1822, art. 26). Cet appel n'est soumis à aucune forme particulière, aussi est-il régulier, même s'il est interjeté par lettre missive (4).

L'appel est porté à la Cour qui statue en assemblée générale, en chambre du conseil, à huis clos. Les décisions en dernier ressort du conseil ou de la Cour sont susceptibles de pourvoi en cassation pour cause d'incompétence ou excès de pouvoir, mais non en cas de violation de la loi (ord. du 20 novembre 1822, art. 15, 21, 26 et suiv.).

Il va sans dire que, suivant le droit commun, l'avocat peut faire opposition à la décision de la Cour ou à celle du conseil s'il a fait défaut.

Le procureur général peut toujours appeler devant la Cour des décisions

(1) Montpellier, 21 janvier 1889, D. P 89., 2, 262; Pau, 21 juillet 1887, D. P. 88, 2, 199; req., 21 novembre 1888, D. P. 89, 1, 5.

(2) Civ. cass., 2 février 1895, D. P. 95, 1, 189.

(3) Alger, 16 décembre 1898, *France judiciaire*, 1899, p. 176.

(4) Req., 3 juillet 1861, D. P. 61, 1, 248 ; Toulouse, 15 février 1885, D. P. 85, 2, 233 et ma note sur cet arrêt.

disciplinaires du conseil, quoique ce droit n'appartienne à l'avocat qu'en cas de suspension ou de radiation. Ce magistrat a le droit d'appeler, non seulement pour obtenir une peine plus forte, mais aussi pour demander la diminution ou même la suppression de la peine (1).

En l'absence de conseil de discipline, le tribunal exerce lui-même le pouvoir disciplinaire; en outre, même s'il existe un conseil de discipline, le tribunal ou la Cour a le droit de réprimer les fautes commises à son audience par les avocats (ord. du 20 novembre 1822, art. 16), à la condition de statuer dans le jugement même de l'affaire au cours de laquelle cette faute a été commise; autrement le tribunal ou la Cour se trouverait dessaisi. Il n'est pas nécessaire que le fait ait été découvert à l'audience; il suffit qu'il y ait été commis, quoiqu'il ait été révélé seulement dans la suite, par exemple par le compte rendu d'un journal, mais nécessairement à une époque où le tribunal ou la Cour était encore saisi du procès.

Bien que les discours prononcés par les avocats ou les écrits qu'ils produisent devant les tribunaux ne donnent lieu à aucune action d'injure ou en diffamation, les juges saisis de la cause peuvent cependant, en statuant sur le fond, prescrire la suppression des écrits injurieux ou diffamatoires et, dans les mêmes cas, adresser des injonctions aux avocats ou même les suspendre à la condition que cette suspension ne dépasse pas six mois ou, en cas de récidive, un à cinq ans (loi du 17 mai 1819, art. 23). La loi ne reconnaît aucun autre pouvoir disciplinaire aux tribunaux sur les avocats.

## § 19. — Avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

Les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation présentent cette particularité d'être officiers ministériels et de réunir sur leur tête les professions d'avocat et d'avoué. Les dix premiers avocats de cette nature ont été créés en 1585 avec le titre d'avocats au conseil; leur nombre s'accrut ensuite successivement; il s'élevait à soixante-dix à la Révolution. L'abolition de l'ordre des avocats entraîna à ce moment la suppression des avocats au Conseil (loi des 14-27 avril 1791, art. 5); ils continuèrent cependant, mais à titre provisoire, à remplir les fonctions d'avoués devant le tribunal de cassation et les tribunaux de district jusqu'à la loi des 21 septembre 1791-15 avril 1792, qui leur retira ce droit. La loi du 27 ventôse an VIII (art. 93) établit auprès du tribunal de cassation des avoués chargés de remplir les fonctions des anciens avocats au Conseil. Un arrêté du 7 ventôse an XII les chargea également de représenter les parties qui voudraient fournir des mémoires devant le conseil des prises. Le titre d'avocat leur fut rendu par un décret du 25 juin 1806, et un décret du 11 du même mois créa aussi des avocats près le Conseil d'État. Mais, ensuite, un décret du 10 septembre 1807 réunit en un seul ordre les avocats du Conseil d'État et ceux de la Cour de cassation. Une ordonnance du 10 janvier 1814 nomma soixante avocats au Conseil d'État qui furent presque tous choisis parmi les avocats à la Cour de cassation. Enfin une ordonnance du 10 septembre 1817, encore aujourd'hui

(1) Montpellier, 6 mars 1890, D. P. 91, 2, 142.

en vigueur, consacra définitivement l'indivisibilité des deux titres d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation et fixa le nombre des titulaires de ces offices à soixante. Ces avocats, à la différence des autres, sont en effet comme on l'a dit, officiers ministériels ; ils exercent un monopole qui leur donne le droit d'exclure tous les autres avocats devant le Conseil d'État, devant la Cour de cassation, devant le tribunal des conflits et devant le conseil des prises (décret du 26 octobre 1849 art. 4; décret du 18 juillet 1854 art. 7; loi du 24 mai 1872 art. 7.). En outre, ces avocats peuvent plaider devant toutes les autres juridictions en concurrence avec les avocats ordinaires.

Comme avoués, ils représentent les parties et font les actes de procédure, notamment les requêtes et les mémoires qui sont très importants à la Cour de cassation ; comme avocats, ils plaident.

Pour devenir avocat à la Cour de cassation, il faut acquérir une des charges établies par les lois, et pour pouvoir acquérir une de ces charges, il faut être citoyen français, avoir atteint l'âge de vingt-cinq ans, avoir exercé la profession d'avocat pendant trois ans au moins près d'une cour ou d'un tribunal, avoir subi une sorte d'épreuve consistant dans un examen oral et dans la rédaction d'un mémoire (règlement du 28 juin 1738, tit. XVII, art. 3; délibération du conseil de l'ordre du 14 février 1838). La Cour de cassation est appelée à donner son avis en cas de mutation d'office (loi du 27 ventôse an VIII, art. 93).

La profession d'avocat à la Cour de cassation est incompatible avec les fonctions et professions énumérées par l'article 42 de l'ordonnance du 20 novembre 1822 pour les autres avocats.

Les avocats à la Cour de cassation sont représentés par un conseil composé de neuf membres et d'un président, tous élus à la majorité absolue de l'assemblée générale de l'ordre qui doit se composer au moins de la moitié plus un de ses membres (ord. du 10 septembre 1817, art. 17).

Le conseil de discipline est chargé de maintenir le bon ordre parmi les avocats, de prévenir ou de concilier les différends qui peuvent s'élever entre eux et qui sont relatifs à leurs fonctions, de donner son avis dans les questions de frais et d'honoraires, de former un bureau de consultations gratuites pour les indigents, de donner chaque année le tableau des membres de l'ordre.

Le conseil peut appliquer, à titre de peine disciplinaire, l'avertissement et la réprimande sans appel, ainsi que l'interdiction temporaire qui ne saurait excéder un an, et, pour cette dernière peine, sauf homologation du garde des sceaux (ord. du 10 septembre 1817, art. 13 et 14; ord. du 20 novembre 1822, art. 24). La radiation ou la destitution ne peut être prononcée que par décret du Président de la République.

## § 20. — Officiers ministériels en général.

Les officiers ministériels sont ainsi appelés parce qu'ils sont titulaires de charges qu'ils peuvent transmettre eux-mêmes avec l'agrément du gouvernement. Dans notre ancien droit, la plupart des fonctions de judicature ou

autres étaient constituées en offices dont les titulaires étaient propriétaires; ils pouvaient les aliéner entre vifs, à titre gratuit ou à titre onéreux, et ils les transmettaient à leurs héritiers. Ces offices étaient même, comme toutes les choses de valeur, réputés immeubles. Toutefois, on distinguait dans tout office la finance et le titre. La finance seule était dans le commerce et formait la propriété du titulaire ; elle représentait la valeur vénale de l'office. Le titre consistait dans le droit d'exercer la fonction ; il était hors du commerce et conféré à vie par le roi. Pour acquérir un office, il ne suffisait donc pas d'avoir obtenu la finance du titulaire actuel; il fallait encore avoir été nommé par le roi, qui avait le droit d'écarter les incapables et les indignes. Aussi toute cession d'office supposait-elle deux actes : une vente de la finance et la procuration *ad resignandum*. La vente de la finance ou contrat de cession ne pouvait être faite pour un prix supérieur à celui fixé par un rôle ou état général établi à la chancellerie, et, en dernier lieu, des ordonnances royales déclarèrent nulles toutes conventions qui avaient pour objet de modifier ce prix (édits d'octobre 1781 et de janvier 1782). Bien que la vente fût immobilière, on n'admettait cependant pas la rescision pour cause de lésion d'outre moitié, la cession d'office étant considérée comme un contrat aléatoire. La procuration *ad resignandum* était l'acte par lequel le titulaire de l'office, qui voulait céder sa charge, la remettait entre les mains du roi pour que celui-ci en disposât au profit de la personne désignée.

La Constituante expropria les titulaires de tous les offices et en supprima la vénalité ; elle ordonna le remboursement du montant de la finance en rentes sur l'État ainsi qu'une indemnité pour la perte de la clientèle (loi du 4 août 1789 ; loi des 7 et 12 septembre 1790; loi des 21 et 24 décembre même année ; loi du 24 août 1793). Désormais, il n'y eut plus d'offices ministériels ; on conserva sans doute les huissiers et les greffiers, qui devinrent fonctionnaires publics ; mais la profession de procureur n'eut plus aucun caractère officiel.

Lorsque les avoués furent rétablis, ils ne devinrent, pas plus que les greffiers et les huissiers, propriétaires de leurs charges, et cet état de choses dura en droit jusqu'à la Restauration. Les greffiers, avoués et huissiers étaient nommés par le gouvernement sur la présentation des corps et des tribunaux auxquels ils appartenaient, sans qu'ils fussent tenus d'aucune indemnité au profit de leurs prédécesseurs. En fait, on en revint à l'usage de vendre sa clientèle, ses dossiers, ses répertoires, et les chambres de discipline, comme les tribunaux, se rendirent complices de ces ventes secrètes en donnant des avis favorables au profit des postulants qui avaient été présentés par les titulaires des offices, et il va sans dire qu'ils n'obtenaient cette présentation que moyennant finance. Ces conventions étaient si connues du gouvernement que le décret du 25 mars 1808, qui réduisit le nombre des avoués de Paris, accorda aux titulaires des offices supprimés une indemnité proportionnelle à l'importance de leur clientèle et de même nature que celle des propriétaires expropriés pour cause d'utilité publique.

En 1816, pour fournir des ressources au Trésor, la loi de finance du 28 avril de cette année (art. 91) rétablit indirectement la vénalité de certains offices sous le nom de droit de présentation. On était alors au lendemain des guerres

de l'Empire, qui avaient épuisé les finances de l'État, et, à cette époque où l'on ignorait encore le système des emprunts par voie de souscription publique, on imagina, entre autres moyens, pour créer des ressources au gouvernement, de doubler le cautionnement de certains officiers auxquels on conféra en retour le droit de présentation, c'est-à-dire le droit de choisir leur successeur et de transmettre leurs charges à prix d'argent, avec l'agrément du gouvernement. Ce droit fut conféré aux avocats à la Cour de cassation, aux notaires, aux avoués, aux greffiers, aux huissiers, aux agents de change, aux courtiers, aux commissaires-priseurs. On voit par cette énumération que les officiers ministériels ne se rattachent pas tous à l'ordre judiciaire. Toutefois, le législateur de 1816 n'osa pas déclarer directement qu'il rétablissait la vénalité de certains offices, et c'est précisément par ce motif qu'il a reconstitué ce régime sous le nom de droit de présentation. Il y a ainsi, en cas de cession d'office et par la volonté même de la loi, deux contrats, l'un simulé, l'autre réel ; la simulation consiste dans le fait, du titulaire et de son successeur, de convenir que le premier présentera le second à l'acceptation du gouvernement moyennant une somme égale à la valeur de l'office ; c'est un contrat innomé *facio ut des*, comme auraient dit les Romains. Mais le contrat réel est bien la vente de l'office, et on n'hésite pas à déduire toutes les conséquences du contrat de vente, sous cette restriction importante, toutefois, que l'aliénation ne peut avoir lieu qu'avec le concours et le consentement du gouvernement. Ainsi reparaît l'ancienne distinction entre la finance et le titre ; la finance seule est dans le commerce et aliénée entre vifs, de même qu'elle se transmet héréditairement ; le titre est conféré par le gouvernement.

Mais, aujourd'hui, les offices sont considérés comme des meubles, et, en conséquence, on applique à leur aliénation les principes des ventes mobilières, notamment pour le cas où la vente est faite par le tuteur d'un mineur ou d'un interdit devenu héritier du titulaire de l'office (loi du 27 février 1880), ou par un héritier bénéficiaire (*nec obst.* art. 805 C. civ.), ou par l'administrateur des biens d'un aliéné (loi du 30 juin 1838, art. 32). De même, le fisc perçoit les droits de mutation dus en matière mobilière (loi du 21 avril 1832 et du 25 juin 1841) ; de même encore, le cédant jouit du privilège du vendeur de meubles, comme l'ont décidé de nombreux arrêts (1).

Mais cette propriété est soumise à des restrictions spéciales, tenant à ce qu'il s'agit d'offices publics. Et d'abord, les produits de la charge sont en général déterminés par la loi elle-même, notamment par ce qu'on appelle le tarif. D'un autre côté, la transmission ne peut se faire qu'avec le consentement du gouvernement et sous les conditions qu'il impose. L'héritier d'un officier ministériel ne remplace pas par lui-même et de plein droit le défunt. Entre vifs, la transmission peut se faire à titre onéreux ou à titre gratuit. S'il s'agit d'une donation, il faut en observer les formes ordinaires ; s'il s'agit d'une vente ou, comme on dit, d'une cession à titre onéreux, la loi prescrit la rédaction d'un écrit (loi du 25 juin 1841, art. 6) authentique ou sous seing privé. D'après le droit commun, si l'écrit est sous seing privé, il en faut deux

(1) Voy., par exemple, Bordeaux, 10 février 1891, D. P. 92, 2, 17.

originaux, mais, en pratique, on en rédige un troisième pour la chancellerie où il est déposé, et ce dépôt confère même l'authenticité à cet exemplaire.

La cession est toujours faite sous la condition suspensive qu'elle sera acceptée par le gouvernement. Il en résulte que si celui-ci modifie les conditions de la vente, chacune des parties est libre de se retirer (1). D'ailleurs rien ne s'oppose à ce que la cession, au lieu d'être faite sur-le-champ, soit convenue en vue de l'avenir et notamment pour le jour où le cessionnaire réunira les conditions de capacité et d'âge prescrites par la loi (2).

La cession comprend nécessairement l'office avec ses accessoires tels que la clientèle, les minutes, les dossiers et autres actes (3). Souvent, on y ajoute aussi la cession du bail des locaux occupés, la vente du mobilier, la collaboration à une publication ou la direction d'un journal, mais il ne s'agit plus là d'accessoires nécessaires de l'étude, et cependant la chancellerie exige qu'on lui communique non seulement la vente principale, mais tous les autres contrats qui s'y rattachent, pour que les parties ne puissent pas, d'une manière indirecte, hausser le prix réel de l'office, par exemple en fixant un prix exagéré pour le mobilier ou pour le prix de vente de l'immeuble où est installé l'office. La chancellerie vérifie avec la plus sérieuse attention les prix de cession des offices ; tout vendeur d'un office a en effet la tendance naturelle d'en exagérer la valeur et s'efforce de revendre plus cher qu'il n'a acheté. D'un autre côté, l'acheteur désireux de devenir officier ministériel, n'offre souvent qu'une résistance très insuffisante. Cependant l'ordre public est intéressé à ce que le prix des offices ne soit pas excessif, car celui qui achète un office trop cher est souvent porté, pour s'indemniser, à exagérer ses émoluments ou même à se permettre des actes étrangers à sa profession.

Aussi, le gouvernement ne manque jamais d'user de son droit de réduire le prix d'un office lorsqu'il lui paraît trop élevé, sauf le droit pour les contractants de se dégager l'un et l'autre, puisque la condition sous laquelle ils avaient traité ne se réalise pas. Pour éviter la surveillance du gouvernement, le vendeur et l'acheteur ont dès les premiers temps imaginé des contre-lettres modifiant le prix ostensible ou toute autre clause soumise à l'agrément du gouvernement. On a, pendant un certain temps, admis que ces conventions secrètes, tout en étant entachées de nullité, n'en produisaient pas moins une obligation naturelle, de sorte que si le cessionnaire avait payé le supplément du prix ostensible, on lui refusait le droit d'exiger le remboursement. Mais cette solution est depuis longtemps abandonnée, et on est d'accord aujourd'hui pour reconnaître que la contre-lettre est entachée d'une nullité d'ordre public, de sorte qu'elle ne produit même pas une obligation naturelle, et que le cessionnaire peut réclamer l'excédent du juste prix qu'il a indûment payé ; il a même droit aux intérêts du jour du paiement (art. 1378 C. civ.) (4). De même, il va sans dire que ces fraudes peuvent

(1) Paris, 9 décembre 1892, D. P. 94, 2, 123.
(2) Riom, 9 juillet 1892, D. P. 94, 2, 164.
(3) Caen, 8 mars 1899, D. P. 1900, 2, 142.
(4) Dijon, 26 janvier 1894, D. P. 96, 2, 11 ; Bourges, 18 novembre 1890, D. P. 92, 2, 21 ; req. 18 mars 1895, D. P. 95, 1, 346 ; Orléans, 21 juillet 1893, D. P. 94, 2, 342 ; civ. rej., 18 janvier 1898, *France judiciaire*, 1898, p. 50.

être prouvées par toutes personnes intéressées, même par les tiers et au moyen de toute espèce de preuve (1). En outre, les officiers ministériels coupables de ces fraudes sont tenus d'une amende d'un droit en sus de celui qui est dû, sur la différence du prix ou d'évaluation (loi du 25 juin 1841, art. 11); ils encourent enfin des peines disciplinaires.

Le cédant est en général tenu des obligations et jouit des droits d'un vendeur ordinaire, sous les modifications résultant de ce que la transmission de l'office exige le consentement du gouvernement.

En premier lieu, le vendeur est obligé de donner sa démission et de présenter son successeur à l'acceptation du gouvernement, mais comme ces deux obligations supposent des faits de volonté, leur inexécution ne saurait donner lieu qu'à des dommages-intérêts.

En second lieu, le vendeur est tenu de l'obligation de livrer et de celle de garantir (art. 1603 et 1625 C. civ). Il ne peut pas être question ici du danger d'éviction de l'office ministériel, mais le cédant doit s'abstenir de tout fait qui constituerait de sa part un trouble, par exemple, parce qu'il aurait pour résultat d'enlever une partie de la clientèle au cessionnaire, il s'interdit notamment d'acheter dans la localité une charge de la même nature que celle qu'il vient de céder. De même, le cédant doit garantie des vices rédhibitoires ; c'est ce qui se produirait notamment si, après la cession, il était poursuivi pour faits illicites qu'il aurait soigneusement cachés auparavant (2). Mais ces actions en garantie ne peuvent donner lieu qu'à des dommages-intérêts. Le tribunal n'aurait pas le droit de prononcer la nullité de la vente, parce que ce jugement aurait pour résultat une translation d'office sans la participation du gouvernement. Les juges n'ont pas non plus le droit de statuer sur la régularité de la nomination, et s'ils le faisaient ils commettraient un excès de pouvoir (3).

Le cédant devrait encore des dommages-intérêts toutes les fois qu'il commettrait une faute, ce qui peut varier à l'infini, suivant les circonstances (4).

La principale obligation du cessionnaire est de payer son prix au moment de l'entrée en jouissance, c'est-à-dire immédiatement après sa prestation de serment (5). Rien ne s'oppose à ce que les parties, avec l'agrément du gouvernement, fixent une autre date pour le paiement du prix, soit avant, soit après la prestation de serment. En outre, le cédant peut toujours aliéner sa créance du prix à un moment quelconque (6). De même, bien que le paiement du prix soit garanti par le privilège du vendeur de meubles (7), rien ne s'oppose à ce que le cédant stipule encore d'autres garanties à son profit, un gage, une hypothèque, un cautionnement, mais il ne saurait demander

(1) Bourges, 18 novembre 1890, D. P. 92, 2, 21 ; Caen, 26 novembre 1895, D. P. 96, 2, 437 ; civ. cass., 27 mars 1888, D. P. 88, 1, 345.

(2) Bordeaux, 12 février 1894, D. P. 94, 2, 339.

(3) Paris, 9 décembre, 1892, D. P. 94, 2, 123.

(4) Orléans, 13 février 1891, D. P. 92, 2, 93 ; Orléans, 21 juillet 1893, D. P. 94, 2, 342 ; Rouen, 16 avril 1890, D. P. 91, 2, 171.

(5) Req., 8 mars 1887, D. P. 87, 1, 499.

(6) Trib. de Blois, 28 juillet 1886, D. P. 87, 2 195; trib. civ. d'Arras, 23 juillet 1890, D. P. 92, 2, 252 ; Bourges, 18 novembre 1890. D. P. 92, 2, 21.

(7) Bordeaux, 10 février 1891, D. P. 92, 2, 17.

la résolution pour défaut de paiement du prix, parce que le jugement qui prononcerait cette résolution opérerait un transport d'office sans la participation du gouvernement en faisant retourner l'office à son ancien titulaire (1). De même encore, en cas de vice résultant du dol ou de l'erreur (il est assez difficile d'imaginer en pratique le cas de violence), la partie victime de cette erreur ou de ce dol ne pourrait en vertu de l'action en nullité ou en rescision de l'article 1304, qui dure dix ans, obtenir que des dommages-intérêts, mais le tribunal ne saurait prononcer une nullité qui ferait, ici aussi, retourner l'office à son ancien titulaire (2).

On ne conçoit pas l'échange d'un office, si ce n'est avec un autre office et sous forme de deux cessions réciproques; la chancellerie ne permettrait pas l'échange avec une autre chose.

Au lieu d'être cédé à titre onéreux, l'office peut être l'objet d'une donation entre vifs, mais le donateur ne saurait jamais stipuler le droit de retour à son profit, car il pourrait en résulter une transmission d'office sans l'agrément du gouvernement. De même, s'il se produit une cause de révocation de la donation (ingratitude, inexécution des charges, survenance d'enfants), elle n'aura d'autre effet que d'obliger le donataire à indemniser le donateur de la valeur de son office, qui restera entre les mains du donataire.

Le titulaire d'un office peut aussi le léguer par testament, et il semble bien qu'il serait compris dans un legs de tous les meubles. Mais le légataire ne peut devenir titulaire de cet office que s'il réunit les conditions prescrites par la loi et avec l'agrément du gouvernement, autrement il doit exercer le droit de présentation. Telle est aussi la situation de l'héritier *ab intestat*, qui trouve un office dans la succession du défunt. Si l'héritier ne veut pas user du droit de présentation ou refuse d accepter les modifications imposées par la chancellerie au contrat de cession, le gouvernement a le droit de nommer d'office, et ce même droit lui appartient encore dans le cas où le défunt ayant laissé plusieurs héritiers, ceux-ci ne peuvent pas s'entendre pour l'exercice du droit de présentation; l'ordre public est en effet intéressé à ce que le mauvais vouloir des héritiers ou leur désaccord ne puisse mettre en souffrance un office ministériel (3). Mais avant d'user de son droit de nommer d'office, le gouvernement a toujours le soin de mettre les héritiers en demeure d'exercer le droit de présentation.

Le gouvernement nomme encore d'office à la suite de la destitution d'un officier ministériel. Par suite de cette destitution, en effet, le titulaire de l'office est privé du droit de présentation, et il ne peut même prétendre à aucun prix, puisqu'il ne consent pas à une vente. Mais le gouvernement oblige souvent, par pur esprit d'équité et sans y être tenu, le nouveau titulaire à payer une indemnité à l'officier destitué ou, s'il est décédé, à ses héritiers.

(1) Orléans, 21 juillet 1893, D. P. 94, 2, 342.

(2) Rouen, 16 avril 1890, D. P. 91, 2, 171 ; Bourges, 18 novembre 1890, D. P. 92, 2, 21; req., 7 janvier 1891, D. P. 91, 1, 262; Orléans, 21 juillet 1893, D. P. 94, 2, 342; Amiens, 4 juillet 1894, D. P. 96, 2, 44; req., 4 novembre 1895, D. P. 96, 1, 234; Rouen, 28 mars 1900, D. P. 1900, 2, 445.

(3) Ord. du 17 janvier 1839, D. P. 40, 3, 54; décision ministérielle du 23 mai 1846, D. P. 46, 3, 132; Cons. d'État, 23 juin 1893, D. P. 94, 3, 60.

Le décret portant nomination du successeur d'un officier ministériel destitué, à la charge, par le nouveau titulaire, de payer une indemnité à qui de droit, constitue un acte de haute administration, émané du pouvoir exécutif, et qui échappe à ce titre à l'autorité judiciaire, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs (1). En conséquence, le nouveau titulaire ne peut pas demander aux tribunaux de réduire le montant de l'indemnité fixée par le gouvernement. En outre, cette indemnité ne constituant pas un prix de vente, le paiement n'en est pas garanti par le privilège du vendeur et la somme due par le nouveau titulaire à son prédécesseur doit se répartir au marc le franc entre les créanciers de l'ancien titulaire, à moins que quelques-uns d'entre eux ne puissent invoquer un autre privilège (2).

Lorsque le gouvernement crée un nouvel office, il y nomme aussi directement le titulaire. Le droit de présentation des officiers ministériels déjà en exercice ne saurait en effet retirer au gouvernement le droit de créer de nouveaux offices, si les besoins du service l'exigent. Mais comme ce nouvel officier ministériel va nécessairement causer un certain préjudice aux anciens en leur enlevant une partie de leur clientèle, le gouvernement l'oblige à payer à ces anciens une indemnité qu'on ne doit pas non plus assimiler à un prix de vente.

Le cas inverse peut se présenter : le gouvernement a, en effet, aussi le droit de supprimer un ou plusieurs offices lorsque, par suite de circonstances quelconques, ils sont devenus trop nombreux. Pour exercer ce droit de suppression, le gouvernement attend presque toujours qu'un des officiers ministériels en fonctions décède ou manifeste l'intention de se démettre. Dans ce cas encore, cet officier ministériel (ou ses héritiers) est privé du droit de présentation. Mais le gouvernement oblige les officiers ministériels maintenus en charge (par exemple les autres notaires de l'arrondissement) à l'indemniser, et cela est de toute justice, puisqu'ils vont profiter de la suppression de cette charge. Cette solution s'est cependant heurtée à une difficulté. On a soutenu que le gouvernement n'a pas le droit d'imposer une indemnité aux officiers ministériels maintenus et au profit de celui dont la charge est supprimée, en faisant remarquer que le gouvernement ne peut jamais imposer une dette à un ou plusieurs particuliers sans une loi qui l'y autorise ; or, a-t-on dit, cette loi n'existe pas. La Cour de cassation a cependant rejeté cette prétention par arrêt du 27 janvier 1879, en se fondant sur la loi de finance du 25 juin 1841 (art. 13) qui soumet cette indemnité à un droit d'enregistrement ; elle en a conclu que le législateur autorise le gouvernement à établir cette charge. On a aussi voulu contester le mode de répartition fait par l'État entre les officiers maintenus ; mais cette prétention a toujours été écartée par la raison que le gouvernement exerce un droit sans limites établies par la loi et qu'il ne saurait être question d'excès de pouvoir donnant ouverture au pourvoi devant le Conseil d'État (3).

Tels sont les modes de transmission des offices ministériels et les contrats

(1) Nancy, 12 mars 1891, D. P. 92, 2, 30.
(2) Nancy, 25 mai 1895, D. P. 96, 2, 396.
(3) Conseil d'État, 11 juin 1886, D. P. 87, 3, 118 ; 16 mai 1890, D. P. 91, 5, 369 ; 29 juin 1894, D. P. 95, 3, 62.

auxquels ils peuvent donner lieu. On ne doit pas en admettre d'autres, car nous sommes ici en matière de droit étroit. En principe, les offices ministériels ne sont pas dans le commerce et ne peuvent dès lors pas faire l'objet de contrats que la loi n'autorise pas formellement. Cela est tellement vrai que, lorsqu'on a voulu permettre aux agents de change de s'adjoindre des associés, il a fallu une loi spéciale, celle du 2 juillet 1862. Tout autre contrat de société ou de gestion quelconque passé entre officiers ministériels ou avec des tiers serait donc entaché d'une nullité absolue et d'ordre public (1). De même, lorsqu'un officier ministériel se marie, son office, quoique meuble, ne tombe pas dans la communauté, et, à la dissolution de cette communauté, l'office reste nécessairement au mari. Mais par interprétation de la volonté des contractants et dans la mesure où elle peut recevoir application, on décide qu'entre époux les choses doivent se passer comme si la valeur vénale de l'office tombait dans la communauté et notamment, à la dissolution de cette communauté, le mari, gardant l'office, en doit pour moitié indemnité à sa femme.

De leur côté, les créanciers d'un officier ministériel ne peuvent pas saisir l'office ni le droit de présentation, car l'office est hors du commerce et le droit de présentation, quoique transmissible aux héritiers, est essentiellement attaché à la personne (art. 1166 C. civ.). Mais rien ne s'oppose à ce qu'ils pratiquent saisie-arrêt sur le prix dû par le cessionnaire de leur débiteur, et c'est seulement aussi au moment de cette aliénation volontaire que le précédent vendeur non payé pourra exercer son privilège sur le prix de cession.

On a vu précédemment, avec l'article 91 de la loi de finance du 28 avril 1816, quels sont aujourd'hui les offices pour lesquels la vénalité a été rétablie. Nous ne nous occuperons ici que de ceux qui touchent directement à l'administration de la justice, c'est-à-dire des offices de greffier, d'avoué et d'huissier. Nous connaissons déjà ceux des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation (2).

## § 21. — Greffiers.

Les greffiers sont des fonctionnaires et officiers ministériels chargés d'assister le juge ou le tribunal dans toutes ses opérations ainsi que d'écrire, conserver et expédier les actes de ce juge ou de ce tribunal (3). Les greffiers ne sont pas, comme les avoués et les huissiers, organisés en corporation. Il n'y a en effet qu'un greffier près de chaque cour ou tribunal, comme aussi près de chaque tribunal de commerce ou justice de paix. Devant les conseils

(1) Grenoble, 11 décembre 1891, D. P. 94, 2, 124; civ. cass., 25 janvier 1887, D. P. 87, 1, 465; Caen, 16 janvier 1888, D. P. 88, 2, 319; req., 11 décembre 1888, D. P. 90, 1, 342; Rennes, 15 avril 1886, D. P. 87, 2, 228.

(2) Les offices de courtiers ont été rachetés, sauf ceux de courtiers maritimes et ceux de courtiers d'assurance maritime.

(3) Principaux textes relatifs aux greffiers : Loi du 21 ventôse an VII; loi du 27 ventôse an VIII; décret du 30 mars 1808; décret du 6 juillet 1810; loi du 20 avril 1810, art. 62 et 65 ; décret du 18 août 1810 ; ord. du 15 janvier 1826 ; décret du 25 mars 1880; décret du 7 septembre 1880; décret du 12 juillet 1899.

de prud'hommes, il y a un secrétaire élu par le conseil et qui n'est pas officier ministériel. Tout greffier est à la fois fonctionnaire et officier ministériel. Comme fonctionnaire, il est membre de la Cour ou du tribunal ; il prend rang après les officiers du ministère public ; il touche un traitement, mais aussi ne peut-il pas représenter les plaideurs, pas plus qu'aucun autre membre de la Cour ou du tribunal (1). Il ne peut pas non plus s'absenter sans congé. Comme officier ministériel, le greffier est propriétaire d'une charge qu'il achète et revend sous forme de droit de présentation.

Pour pouvoir être greffier, il faut avoir la jouissance et l'exercice des droits civils et politiques, avoir satisfait à la loi sur le recrutement et être âgé de vingt-cinq ans accomplis. Pour le greffier en chef de la Cour de cassation et pour ceux des cours d'appel, la loi est plus exigeante ; elle leur impose l'âge de vingt-cinq ans, le grade de licencié en droit et un stage de deux ans au barreau.

Tout greffier est nommé par décret du Président de la République. Avant d'entrer en fonctions, il verse un cautionnement et doit prêter serment devant la juridiction à laquelle il est attaché, mais sa nomination ne dépend pas de l'agrément de cette juridiction (2). Le greffier ne peut pas être parent ou allié, en ligne directe à l'infini ou en ligne collatérale jusqu'au troisième degré, d'aucun membre du tribunal ou du ministère public, à moins d'une dispense qui ne s'accorde que dans les tribunaux de plus de huit juges. Ces fonctions sont incompatibles avec toutes autres fonctions, judiciaires ou administratives, avec tout autre office ministériel, avec la profession d'avocat, avec celles de comptable, commerçant, agent d'affaires (3).

L'article 1597 du Code civil défend aux greffiers de se rendre cessionnaires de droits litigieux ; il leur est également interdit de se porter adjudicataires des biens dont la vente est poursuivie auprès du tribunal auquel ils sont attachés. Mais les greffiers, n étant ni juges ni mandataires, ne peuvent être ni récusés, ni désavoués, et si l'on conteste la sincérité d'un de leurs actes, on est obligé de s'inscrire en faux.

Le titre de greffier honoraire peut être conféré par décret du Président de la République, sur le rapport du ministre de la justice, aux greffiers des cours, tribunaux, justices de paix, tribunaux de simple police, qui ont exercé leurs fonctions pendant trente années consécutives. Les greffiers honoraires conservent leur titre, ont le droit de porter le costume de leurs anciennes fonctions et d'assister aux cérémonies publiques avec la compagnie dont ils font partie (décret du 12 juillet 1899).

Au point de vue disciplinaire, les greffiers, en tant que fonctionnaires, peuvent être révoqués *ad nutum* par le gouvernement, mais cette révocation ne les prive pas de la propriété de leur charge, pour laquelle ils conservent le droit de présentation, et n'entraîne contre eux aucune incapacité légale. Toutefois, en cas de destitution, le greffier frappé de déchéance est privé de

(1) Civ. cass., 3 février 1892, D. P. 92, 1, 201.
(2) Req., 13 avril 1893, D. P. 93, 1, 225.
(3) Voy. cependant sur ce dernier point et pour les greffiers de justice de paix, Caen, 26 novembre 1895, D. P. 96, 2, 437. De même, les greffiers des justices de paix peuvent ailleurs qu'à Paris, être en même temps commissaires-priseurs.

ses droits politiques, si cette déchéance a été expressément provoquée, en même temps que la destitution, par un jugement ou une décision judiciaire (loi du 10 mars 1898).

La destitution du greffier est, au contraire, une mesure disciplinaire, prononcée par le ministre de la justice, après une procédure spéciale et sur l'avis des tribunaux, ou encore à la suite de certaines condamnations correctionnelles dans les cas prévus par les lois fiscales et les tarifs légaux, notamment en cas de fraude aux droits du fisc ou de perception illicite (loi du 21 ventôse an VII, art. 23).

En principe, le greffier doit assister le juge ou le tribunal dans tous les actes de son ministère à peine de nullité (art. 1040 C. pr.). Par exception, la présence du greffier n'est pas nécessaire lorsque le juge rend des ordonnances dont il ne doit pas rester minute ou s'il procède à des actes qui répugnent à la présence d'un tiers, comme la tentative de conciliation en matière de divorce ou de séparation de corps.

Le greffier écrit sous la dictée du juge ou rédige sous sa surveillance les jugements, procès-verbaux et autres actes de sa compétence. Il en garde les minutes et en délivre les expéditions; il est aussi rédacteur de tous les actes que les parties doivent accomplir au greffe et les signe avec elles; il perçoit, dans ces circonstances, les droits de greffe qui existent encore, sauf à les verser ensuite entre les mains du receveur de l'enregistrement. Les greffiers des tribunaux d'arrondissement sont aussi dépositaires du double des registres de l'état civil, qui doit leur être remis à la fin de chaque année et ils en donnent communication au procureur de la République chargé de les vérifier (art. 53 C. civ.; ord. du 26 novembre 1823, art. 5). Les greffiers délivrent à tous requérants les expéditions de ces actes de l'état civil, comme aussi des expéditions simples des jugements et arrêts. Mais les grosses ou expéditions revêtues de la formule exécutoire ne doivent être remises qu'aux parties, et les greffiers ne sont même tenus de délivrer aux tiers les expéditions simples qu'après que la grosse a été levée.

Le greffier préside aussi à certains actes d'instruction ou d'exécution : il vise différents exploits; il reçoit les déclarations de renonciation à succession, de renonciation à communauté, d'acceptation bénéficiaire, de surenchère (art. 784, 793 et 1457 C. civ.; art. 709, 926, 965 C. pr.).

Le greffier sert aussi d'intermédiaire entre le juge et les parties dans certaines circonstances, comme nous aurons occasion de le voir, notamment à propos de la récusation et pour la prise à partie.

Le greffe doit être ouvert au public, tous les jours, pendant huit heures au moins, sauf exception pour les dimanches et autres jours de fête. Le règlement de chaque tribunal qui, conformément à l'article 90 du décret du 30 novembre 1808, détermine les heures pendant lesquelles le greffe doit être ouvert, constitue une mesure d'ordre qui s'impose à l'observation du greffier comme à celle du public et notamment à celle des avoués et autres officiers ministériels (1). Il est certain que le greffier ne peut être tenu de recevoir aucun acte en dehors des heures d'ouverture du greffe; mais, s'il

(1) Trib. civ. de Fougères, 24 janvier 1894, D. P. 95, 2, 35.

y consent, les actes ainsi passés sont-ils valables ? La question offre parfois un grand intérêt pratique. Qu'on suppose arrivé le dernier jour du délai d'une surenchère et qu'une personne se présente après la fermeture du greffe pour faire une déclaration de surenchère; la jurisprudence décide, comme nous le verrons aux voies d'exécution, que le greffier peut recevoir cette déclaration, mais qu'il n'y est pas obligé. Cette solution n'est pas acceptable, car elle fait dépendre du bon plaisir du greffier la validité ou la nullité d'une surenchère: s'il est favorable au premier adjudicataire, il refusera de recevoir la déclaration de surenchère; s'il est favorable au surenchérisseur, il acceptera cette déclaration. Pour retirer au greffier ce pouvoir injuste et arbitraire, il faut donc décider, sans hésitation, qu'après la fermeture du greffe, le greffier ne peut plus, même de son consentement, recevoir aucun acte (1).

Indépendamment du greffier en chef, il y a, à la Cour de cassation, quatre greffiers de chambre et, dans les cours d'appel, autant de greffiers de même nature que de chambres, plus un pour le service de la cour d'assises. Ces greffiers, comme aussi les commis greffiers des tribunaux d'arrondissement, remplissent les mêmes fonctions que le greffier en chef; ils sont fonctionnaires publics et reçoivent comme tels un traitement de l'Etat; ils sont membres de la Cour ou du tribunal; ils sont soumis aux mêmes conditions de capacité et aux mêmes incompatibilités que le greffier en chef, mais ils ne sont pas officiers ministériels et n'ont pas la propriété de leurs charges ni le droit de présentation. C'est le greffier en chef de la Cour ou le greffier du tribunal qui nomme lui-même ces greffiers de chambre, avec l'agrément de la Cour ou du tribunal. Ces commis greffiers ou greffiers de chambre peuvent être destitués ou suspendus de leurs fonctions par la Cour ou par le tribunal. Comme le greffier est responsable de leurs actes, il a aussi le droit de les révoquer (2).

Il ne faut pas confondre, avec ces greffiers de chambre ou ces commis greffiers, véritables fonctionnaires publics, les employés subalternes et expéditionnaires du greffe qui n'ont aucun caractère public et que le greffier nomme ou révoque à volonté. Ils ne peuvent remplacer le greffier à l'audience ni en aucune de ses autres fonctions.

Lorsque le greffier et ses commis greffiers sont tous empêchés, la Cour, le tribunal ou même le juge commissaire peut faire prêter serment à un citoyen quelconque pour remplir momentanément les fonctions de greffier, pourvu que ce citoyen sache lire et écrire et satisfasse à la condition d'âge imposée par la loi pour la fonction de greffier (3).

## § 22. — Avoués.

La direction des affaires judiciaires et l'accomplissement des formalités de la procédure exigent une certaine expérience et des connaissances spé-

(1) Limoges, 7 décembre 1891, D. P. 92, 2, 201 et ma note sous cet arrêt.
(2) Trib. civ. de Chalon-sur-Saône, 6 mai 1887, D. P. 87, 3, 96.
(3) Décret du 30 janvier 1811, art. 32; *Jur. gén.*, v° *Greffier*, n° 197 et v^is *Organisation judiciaire*, n^os 457 et 553; Paris, 9 août 1898, *France judiciaire*, année 1898, p. 550.

ciales. Si l'on abandonnait les plaideurs à eux-mêmes, on risquerait de les exposer à de funestes erreurs, surtout devant les cours d'appel et devant les tribunaux d'arrondissement où la procédure est plus particulièrement formaliste et où s'agitent souvent des intérêts considérables. De là l'institution des avoués auprès des cours d'appel et des tribunaux d'arrondissement, officiers ministériels associés à l'action de la justice pour accomplir, au nom des parties, les actes de la procédure. Dans la discussion qui s'éleva à l'Assemblée constituante au sujet de la création des avoués, quelques orateurs protestèrent contre cette création, en soutenant qu'il faut reconnaître à chaque citoyen le droit de présenter ou de défendre lui-même ses intérêts. Mais Tronchet répondit victorieusement à ces objections dans les séances des 16 et 17 décembre 1790 : « Dans tous les temps et chez tous les peuples qui ont laissé la plus grande latitude au droit de la défense des citoyens, il y a eu des hommes publics chargés de veiller à l'observation des formes. Dans tous les temps, les formes ont été nécessaires ; leur inobservation pourrait entraîner la perte d'un procès... l'intérêt des justiciables est ici composé de celui du plaideur qui fait choix de son défenseur et de celui de la partie adverse... Vous n'avez pas le droit d'obliger un plaideur à confier ses pièces au défenseur inconnu qu'aurait choisi son adversaire. Car, qui est-ce qui empêchera celui-ci de disparaître avec les pièces qui lui auront été confiées ? Chaque partie a le droit d'exiger une certaine responsabilité de la part du représentant de son adversaire. » Cette dernière observation paraît décisive. Dans tout procès, il faut que le mandataire d'une partie ait en réalité la confiance des deux plaideurs. De là l'utilité des avoués qui, à raison de leur caractère public, s'imposent à tous. D'ailleurs, dans les juridictions où leur ministère n'existe pas à cause de la simplicité de la procédure, notamment en matière commerciale, les plaideurs ont eux-mêmes reconnu les premiers qu'ils étaient hors d'état de diriger eux-mêmes les instances dans lesquelles ils étaient engagés et il s'est établi auprès de ces juridictions des corporations d'hommes de loi qui, sous le nom d'agréés, sont en fait de véritables avoués. Le progrès du droit consiste donc, en réalité, à organiser, auprès des tribunaux, des corporations d'hommes de loi qui présentent toutes les garanties d'honorabilité et de science nécessaires pour faciliter l'action de la justice.

Dans les législations primitives, c'est le contraire qui a lieu. Au moyen âge, comme à Rome dans les débuts, on obligea d'abord tout plaideur à se présenter en personne en justice. Mais on ne tarda pas à reconnaître à Rome les inconvénients de ce système et, de bonne heure, on fut autorisé à se faire représenter par des *cognitores* et par des *procuratores*, institution qui reçut de tels développements que le préteur dut la réglementer (1).

Au moyen âge, l'obligation de venir en personne fut reconnue fort gênante pour le cas où un plaideur était malade ou infirme; il obtenait d'abord son exoine et l'affaire pouvait ainsi être remise un certain nombre de fois. Aussi admit-on de bonne heure que tout plaideur, à la condition de figurer en nom dans les actes de procédure, pourrait obtenir par lettres de chancellerie l'au-

(1) Voy. au Digeste le titre *De postulando*.

torisation de se faire représenter en justice au moyen d'un mandataire qu'on appela procureur par emprunt au droit romain. Ces lettres de chancellerie ou de grâce, qu'on payait six sous parasis, étaient des mesures purement fiscales et François Ier se rendit populaire lorsqu'en 1528 il permit à toute personne de plaider par procureur sans lettres de grâce. Le nombre des procureurs s'accrut alors à ce point qu'il en résulta de fâcheux abus; la profession fut surtout exercée par des hommes indignes de participer à l'administration de la justice. On imagina de décider que la profession de procureur ne serait plus, comme celle d'avocat, accessible à tous et qu'elle serait au contraire constituée en offices en nombre limité près de chaque tribunal. Cette innovation, tentée par Charles IX en 1572, rencontra cependant de telles résistances qu'elle ne devint définitive et complète que sous Louis XIII. Une ordonnance de 1620 établit des offices de procureur dans la plupart des juridictions et rendit leur ministère obligatoire (1). Cependant, il y eut toujours des sièges dépourvus d'offices de procureur et où on pouvait se présenter personnellement ou par un mandataire quelconque. C'est ce qui avait lieu notamment devant les tribunaux seigneuriaux.

A la Révolution, les offices de procureur furent supprimés comme les autres, mais les procureurs furent maintenus sous le nom d'avoués, terme beaucoup plus relevé, car il s'appliquait, dans notre ancien droit, aux personnes ordinairement de condition noble, qui étaient chargées, par les églises, de l'administration de leur temporel. Ces premiers avoués n'eurent toutefois qu'une durée éphémère : ils furent abolis par la loi du 3 brumaire an II (art. 12); puis la loi du 27 ventôse an VIII les rétablit, mais ils ne devinrent propriétaires de leurs charges qu'à partir de la loi du 28 avril 1816 (2).

Les avoués n'existent que près des cours d'appel et près des tribunaux d'arrondissement en matière civile. Nous avons vu que leurs fonctions sont, à la Cour de cassation, réunies à la profession d'avocat. Ces avoués sont nommés par décret du Président de la République sur présentation de leurs prédécesseurs.

Leur ministère est forcé de leur part et de la part des parties. Au contraire, en matière commerciale, devant les juges de paix et les conseils de prud'hommes, chacun peut se présenter en personne ou choisir un mandataire quelconque.

Pour pouvoir être admis à la profession d'avoué, il faut : avoir atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis (décret du 6 juillet 1810, art. 115); avoir la jouissance et l'exercice des droits civils et politiques; avoir satisfait à la loi du recrutement (loi du 17 thermidor an XII); avoir obtenu le certificat de capacité délivré directement par un jury de professeurs de la Faculté de

(1) Un édit de 1639 fixa à quatre cents le nombre des procureurs du parlement de Paris.

(2) Principaux textes relatifs aux avoués : Loi du 25 ventôse an VIII, art. 93 et suiv.; arrêté du 13 frimaire an IX; arrêté du 2 thermidor an X; loi du 22 ventôse an XII, art. 25 et suiv.; arrêté du 25 nivôse an XIII, art. 5; décret du 6 juillet 1810, art. 112 et suiv.; loi du 2 juillet 1812; ord. du 27 février 1822; ord. du 12 août 1832; décret du 7 novembre 1861; décret du 25 juin 1878; décret du 15 juillet 1885; loi du 26 janvier 1892, art. 5; loi du 10 mars 1898.

droit (loi du 22 ventôse an XII, art. 26) (1); justifier d'un stage de cinq ans chez un avoué (décret du 6 juillet 1810, art. 15), stage dont la durée est réduite à trois ans pour les licenciés en droit et à deux ans pour les docteurs, par une décision du ministre de la justice du 20 décembre 1827, et qui est même complètement supprimé pour l'avocat inscrit au tableau s'il acquiert une charge d'avoué ; présenter un certificat de moralité et de capacité accordé par la chambre des avoués du tribunal auprès duquel on veut occuper (loi du 27 ventôse an VIII, art. 5) et un certificat de bonne vie et mœurs délivré par le maire du domicile du postulant. Toutes ces pièces et le projet de cession de l'office sont remis au procureur de la République qui les transmet avec son avis au ministre de la justice par l'intermédiaire du procureur général après avis de la chambre de discipline et du tribunal.

Le nouveau titulaire nommé par le Président de la République doit, avant d'entrer en fonctions, verser un cautionnement et prêter serment devant le tribunal ou la Cour.

Les principales fonctions des avoués consistent à postuler et à conclure. Postuler, c'est diriger la procédure, fournir ou recevoir, au nom du client, toutes les communications nécessaires pour l'instruction de la cause; conclure, c'est faire connaître au tribunal la prétention du client. En principe, l'avoué ne peut pas plaider, sauf exception dans les cas qu'on a fait connaître en étudiant la profession d'avocat.

Le ministère de l'avoué est forcé devant les cours d'appel et les tribunaux d'arrondissement : une partie ne peut pas faire elle-même sa procédure, même dans le cas où elle entend plaider sa propre cause. Mais, de leur côté, les avoués n'ont pas le droit de refuser leur ministère et quand un plaideur ne peut trouver aucun avoué disposé à le représenter, la chambre de discipline lui en désigne un d'office.

Par exception, le ministère de l'avoué est facultatif dans certains cas et même prohibé dans d'autres. Quand on dit que le ministère de l'avoué est facultatif, cela signifie que le plaideur peut y recourir, mais n'y est pas obligé, et a le droit de conduire lui-même sa procédure. Tel est le cas du préfet agissant pour le compte de l'État dans les affaires domaniales. C'est ce qui résulte d'un arrêté du Directoire du 10 thermidor an IV. Cette solution peut surprendre au premier abord, car il n'y avait pas encore à cette époque de préfet et il n'y avait plus d'avoués. Mais l'arrêté du Directoire porte que l'État sera représenté dans ses affaires par le ministère public et ce principe n'a pas été abrogé par les lois qui ont organisé les avoués. L'administration des contributions indirectes, celle des douanes, celle des hospices et les proviseurs des lycées, ne sont pas non plus tenus de constituer avoué (loi du 4 germinal an II, tit. VI, art. 17; loi du 27 ventôse an IX, art. 17 ; arrêté du 5 messidor an IX, art. 14 ; décret du 1er juillet 1809, art. 11 ; ord. du 12 mars 1817, art. 16 ; loi du 23 août 1871, art. 13). Les particuliers qui plaident contre le domaine de l'État ou contre les hospices sont tenus de constituer avoué selon le droit commun, mais ceux qui plaident contre

(1) Le diplôme de bachelier en droit est considéré comme équivalent au certificat de capacité, par cela même qu'il exige deux années d'études, tandis qu'une seule suffit pour obtenir le diplôme de capacité.

les administrations précipitées sont libres de se faire représenter comme ils l'entendent, à leur frais. Le ministère de l'avoué est également facultatif pour le client qui est obligé d'agir en restitution de pièces contre son propre avoué (art. 107 C. pr.); on a pensé qu'il serait pénible à un avoué d'occuper contre un confrère.

Le ministère des avoués est interdit devant les tribunaux de commerce, les juges de paix et les conseils de prud'hommes, en ce sens que les avoués ne peuvent pas s'y présenter avec leur caractère officiel, mais seulement comme de simples mandataires ordinaires. La loi ne veut pas non plus que la partie soit accompagnée de son avoué, soit dans l'interrogatoire sur faits et articles (art. 333 C. pr.), soit dans la tentative de conciliation faite par le président du tribunal en matière de divorce ou de séparation de corps (art. 877 C. pr.).

Toute personne qui s'immiscerait dans les fonctions d'avoué commettrait le délit de postulation. Ce délit consiste à faire des actes qui rentrent dans les attributions des avoués; il ne portera jamais sur le droit de conclure, car un tribunal ne laissera pas un étranger se présenter à sa barre. Mais, parfois, certains agents d'affaires s'entendent avec un avoué pour faire, en ses lieu et place, des actes de procédure. Ce délit de postulation suppose, en effet, toujours la complicité d'un avoué qui passe clandestinement une partie de ses affaires à un tiers. La connaissance du délit de postulation appartient aux tribunaux civils et aux cours d'appel. Le délit peut être poursuivi, soit d'office par le ministère public, soit sur la plainte de la chambre des avoués. Il est le plus souvent constaté par voie de perquisition faite en présence du juge de paix ou du commissaire de police, par la saisie des papiers et par la preuve testimoniale. Tout individu convaincu de se livrer à la postulation est condamné, la première fois à une amende de 200 à 500 francs et, la seconde fois, à une amende de 500 à 1 000 francs; de plus, il devient incapable d'acheter une charge d'avoué. Quant à l'avoué, complice du délit, il encourt, la première fois une amende de 500 à 1000 francs, la seconde fois la destitution et une amende de 500 francs, sans préjudice des dommages-intérêts envers qui de droit.

Le mandat de l'avoué peut être exprès ou tacite; exprès, il résulte d'un acte notarié ou sous seing privé ou de la signature de la partie apposée au bas de l'acte de la procédure; tacite, il résulte de tout fait impliquant la volonté de constituer avoué et, par exemple, de la remise des pièces ou de la copie de l'assignation (art. 556 C. pr.). Parfois, le mandat est même légal, en ce sens que la loi désigne elle-même l'avoué de la partie, par interprétation de la volonté présumée de cette partie et sans lui imposer ce choix. A propos de la requête civile, nous verrons que les avoués qui ont occupé précédemment sont censés constitués de plein droit si la requête civile a lieu dans les six mois de la date du jugement.

De son côté, l'avoué accepte le mandat d'une manière expresse ou tacite, mais il a le droit d'exiger une certaine somme à titre de provision, à moins que la partie n'ait obtenu le bénéfice de l'assistance judiciaire.

Quant à la capacité nécessaire pour constituer avoué, c'est celle du droit commun et, par exemple, la femme mariée aura besoin de l'autorisation de son mari.

D'une manière générale, à moins de dispositions contraires, le mandat de l'avoué est soumis au droit commun ; ces dispositions contraires sont nombreuses et nous les rencontrerons surtout en étudiant le désaveu.

Le mandat de l'avoué prend fin par la révocation ; mais s'il s'agit d'une instance, l'avoué révoqué n'en continue pas moins à recevoir valablement les actes de procédure tant qu'il n'est pas remplacé (art. 75 C. pr.). De son côté, l'avoué peut renoncer à son mandat, à moins qu'il ne soit désigné par la chambre de discipline ; sa mort ou la cessation de ses fonctions, le jugement, la transaction qui termine le procès, mettent aussi fin à ses pouvoirs, mais le mandat de l'avoué ne finit pas par le décès du constituant, sauf le droit pour les héritiers de le révoquer.

Le mandat de l'avoué est salarié. Un avoué ne peut exiger de la partie condamnée aux dépens que les émoluments fixés par le tarif. Vis-à-vis de son client, il a droit, en outre, à des honoraires.

Le client peut refuser de payer s'il établit qu'il n'a pas donné mandat. La remise des titres par l'avoué fait naître une présomption de paiement au profit du client, parce que l'avoué a le droit de rétention des pièces jusqu'à ce paiement. Mais cette remise des titres ne fait présumer le paiement qu'autant qu'elle est volontaire et cette présomption peut toujours être combattue par la preuve contraire. L'action en paiement de l'avoué se prescrit par cinq ans ou par deux ans, suivant que l'affaire n'est pas ou est terminée. Les deux ans commencent à courir du jour du jugement ou de la conciliation des parties ou de la révocation du mandat (art. 273 C. civ.). Cette prescription de deux ou cinq ans ne court qu'au profit du client ; contre la partie adverse, l'action de l'avoué dure trente ans. L'avoué, auquel le client oppose la prescription de deux ou cinq ans, peut toujours déférer le serment sur le point de savoir si les frais ont été réellement payés.

Tout avoué doit tenir un registre sur lequel il inscrit au fur et à mesure de leur réception toutes les sommes payées par les clients ; s'il ne tient pas ce registre, ou s'il le tient irrégulièrement, il peut être déclaré non recevable dans sa demande de remboursement.

Tout avoué doit aussi résider dans la ville où siège le tribunal ou la Cour (loi du 21 mars 1791, art. 9). Il lui est interdit de se rendre acquéreur de droits litigieux suivant les termes de l'article 1597 du Code civil. Il est, bien entendu, tenu de toutes les obligations des mandataires salariés et du secret professionnel.

Les fonctions d'avoué sont incompatibles avec toutes fonctions administratives ou judiciaires et avec la profession d'avocat. Les avoués peuvent toutefois être nommés juges suppléants non rétribués.

En retour de leurs devoirs, ils jouissent d'un certain nombre de prérogatives : ils sont protégés d'une manière spéciale dans l'exercice de leurs fonctions (art. 91 C. pén.) ; ils peuvent être appelés, à défaut d'avocat, à monter au tribunal pour le compléter ou pour le départager, comme aussi à occuper le siège du ministère public ; après dix années d'exercice, ils peuvent être nommés juges ou officiers du ministère public, bien qu'ils ne soient pas licenciés en droit (loi du 22 ventôse an XII, art. 27) ; s'ils se retirent après vingt années d'exercice, ils peuvent obtenir par décret du Président de la

République le titre d'avoué honoraire, qui leur donne le droit d'assister aux assemblées générales que tient la corporation.

Chaque corporation d'avoués d'une cour ou d'un tribunal est représentée par une chambre de discipline dont le nombre des membres varie suivant le nombre même de ces officiers ministériels. Lorsque le nombre des avoués d'un tribunal n'excède pas quatre, ils sont tous de droit membres de la chambre ; s'il y a moins de quatre avoués, on ne constitue plus de chambre et tout le pouvoir disciplinaire appartient au tribunal (arrêté du 13 frimaire an IX). Les membres de la chambre de discipline sont élus par l'assemblée générale, au scrutin secret de liste, à la majorité absolue et se renouvellent tous les ans, par tiers ; les sortants ne peuvent être réélus qu'après une année d'intervalle. Le plus souvent, la chambre des avoués comprend : un président, chargé de convoquer et de présider cette chambre ; un syndic, qui exerce les poursuites disciplinaires et fait des réquisitions ; un rapporteur, qui instruit les affaires et en rend compte à la chambre ; un secrétaire, qui tient les registres et fait office de greffier ; un trésorier, qui garde la bourse commune (1).

La chambre des avoués représente la corporation dans tous les différends qui la concernent et, par exemple, pour les difficultés qu'elle peut avoir avec l'ordre des avocats (2) ; elle prévient ou concilie les conflits qui peuvent s'élever entre avoués ; elle donne son avis sur les réclamations soulevées par des tiers, notamment en matière de taxe ; elle forme un bureau de consultation gratuite pour les indigents ; elle donne son avis sur les projets de cession d'office d'avoué et sur l'admission des postulants ; elle poursuit le délit de postulation. Enfin elle jouit d'un pouvoir disciplinaire qui lui permet d'appliquer aux avoués, s'ils ont manqué à leurs devoirs, les peines suivantes : le rappel à l'ordre, la censure simple, la censure avec réprimande, l'interdiction de l'entrée de la chambre. Le syndic d'une chambre d'avoués, qui intente une action disciplinaire, est toujours partie poursuivante ; en conséquence il n'a jamais voix délibérative, même quand la délibération ne porte que sur un moyen de récusation (3).

Jusqu'en 1898, le droit de suspendre et de destituer les avoués n'appartenait qu'au gouvernement. Une loi du 16 mars 1898 le lui a enlevé et l'a transmis aux cours d'appels et aux tribunaux d'arrondissement auprès desquels les avoués sont établis. Ce sont eux aussi qui prononcent, s'il y a lieu, les condamnations à l'amende et aux dommages-intérêts. Le tribunal peut donc, *a fortiori*, infliger des peines disciplinaires moins fortes. Ces jugements sont toujours susceptibles d'appel, mais aussi exécutoires par provision, excepté quant aux condamnations pécuniaires. Ils sont rendus sur la poursuite des parties intéressées ou d'office sur la poursuite de procureur de la République.

Les avoués qui se sont mis en contravention avec les lois et règlements peuvent aussi être punis par les tribunaux au moyen d'injonctions qui leur

(1) Un décret du 16 janvier 1893 fixe la date du renouvellement annuel des chambres de discipline des avoués, du 15 octobre au 1er novembre de chaque année judiciaire.

(2) Alger, 10 avril 1895, D. P. 96, 2, 345.

(3) Civ. cass., 19 décembre 1888, D. P. 89, 1, 164.

prescrivent d'être plus exacts et plus circonspects, de défenses de récidiver, de condamnations aux dépens, d'impressions et d'affiches de jugement à leurs frais. Enfin les cours et tribunaux connaissent, même sans qu'il y ait poursuite des intéressés ou du procureur de la République, de toutes les fautes de discipline commises par les avoués à leur audience.

De toutes ces peines, une seule, la destitution, peut entraîner la déchéance des droits de vote, d'élection et d'éligibilité, mais à la condition expresse que cette déchéance soit prononcée par le jugement ou arrêt de destitution (loi du 10 mars 1898) (1).

## § 23. — Agréés.

Bien que les plaideurs aient toujours eu le droit de venir et de diriger leur procédure en personne devant les tribunaux de commerce, cependant, déjà autrefois, ils avaient l'habitude de se faire représenter par des mandataires au courant de la procédure, des lois et des usages du commerce. Certains praticiens firent de ce mandat leur profession habituelle et une décision des juges consuls de Paris du 28 décembre 1747 reconnut à un certain nombre d'entre eux une sorte de caractère officiel ; on les désigna à cet effet sous le nom d'agréés. Ils furent attaqués devant le comité de législation de la Convention, mais le tribunal de commerce les défendit et les sauva, en faisant remarquer qu'ils sont de simples mandataires du droit commun et qu'ils n'excluent pas les autres personnes.

Les agréés existent encore aujourd'hui avec ce caractère devant la plupart des tribunaux de commerce ; mais ils n'exercent aucun monopole, en ce sens que tout plaideur peut se présenter en personne et diriger sa procédure ou se faire représenter par un mandataire quelconque, notamment par un avoué ou par un avocat. L'avoué ne vient, lui aussi, qu'en qualité de simple particulier et c'est en ce sens qu'on dit avec la loi que le ministère des avoués est interdit en matière commerciale. Dès la confection du Code de commerce, les agréés ont continué à être désignés par les tribunaux consulaires qui leur ont même donné une sorte d'organisation. Aussi, en 1825, le Conseil d'État fut-il saisi de la question de savoir s'il ne conviendrait pas d'ériger en offices ministériels les charges d'agréés qui existaient en fait. Le Conseil d'État résista sous prétexte que cette innovation dénaturerait la juridiction consulaire. « On ne saurait, disait-il, accomplir cette réforme sans transformer les agréés en officiers ministériels, sans leur conférer le droit exclusif de représenter les parties devant les tribunaux de commerce et sans leur attribuer des honoraires ; une telle mesure dénaturerait l'institution des tribunaux de commerce où il est également nécessaire que la justice soit prompte et rendue au moins de frais possible, que les formes soient simples et faciles et que toutes les parties jouissent d'une liberté indéfinie, soit pour se défendre elles-mêmes, soit pour choisir les mandataires auxquels elles veulent confier leurs causes. » Ces observations n'étaient pas décisives, car on aurait pu, tout en érigeant les

(1) Les dispositions de cette loi s'appliquent aussi aux huissiers et aux commissaires-priseurs.

cabinets d'agréés en offices ministériels, décider que leur ministère resterait facultatif et n'excluerait pas les mandataires ordinaires. Mais loin d'entrer dans cette voie, une ordonnance du 20 mars 1825 rappela à l'application de l'article 627 du Code de commerce, aux termes duquel tout mandataire en matière commerciale doit être muni d'un pouvoir spécial, à moins que le client ne soit présent à l'audience. En pratique, on avait laissé tomber cette disposition en désuétude au profit des agréés, auxquels on permettait de plaider sur la simple présentation de l'original ou de la copie de l'assignation. L'ordonnance prescrivit même aux tribunaux de commerce de mentionner dans leurs jugements ce pouvoir donné par la partie à l'agréé ou à tout autre mandataire et le greffier fut déclaré responsable de l'observation de cette formalité. Aussi est-il encore aujourd'hui tenu d'exiger l'exhibition du pouvoir avant l'appel de la cause. Une seule différence introduite par la pratique sépare l'agréé du mandataire ordinaire : celui-ci est tenu de faire légaliser la signature du mandant, tandis que le tribunal de commerce, connaissant l'agréé, le dispense de cette formalité.

L'agréé remplit en fait les professions d'avocat et d'avoué devant les tribunaux de commerce : il plaide et est mandataire. Mais son mandat est celui du droit commun; il est donc purement facultatif et peut aussi être donné à toute autre personne. De même, il n'existe aucune présomption de mandat au profit de l'agréé, de sorte que s'il dépasse la limite de ses pouvoirs, il n'y a pas lieu de le désavouer pour faire tomber cette présomption. Il n'existe pas davantage de tarif légal pour les émoluments des agréés qui ont droit à des honoraires librement débattus et toujours payés par le client, même s'il gagne son procès.

En fait, la plupart des tribunaux de commerce font des règlements pour organiser auprès d'eux la profession d'agréé. Ces règlements portent sur les honoraires, établissent des peines disciplinaires, reconnaissent même un costume aux agréés, créent une chambre, établissent une bourse commune, déterminent les conditions d'admission; en un mot, les agréés constituent en fait une corporation et sont propriétaires de charges qui se transmettent sans la participation du gouvernement, mais avec celle du tribunal de commerce. Ainsi le tribunal de commerce de la Seine s'est attribué, sur ses agréés, un pouvoir disciplinaire et a établi les peines suivantes : le rappel à l'ordre; la censure simple; la censure avec réprimande devant la chambre assemblée; l'amende; l'interdiction temporaire de la chambre; la suspension; la révocation.

Toutes ces dispositions réglementaires, prises par les tribunaux de commerce, constituent de véritables excès de pouvoir et sont, par cela même, entachées d'une nullité d'ordre public, et cependant en fait on les observe à cause de leur utilité pratique et des garanties qu'elles donnent aux plaideurs.

## § 24. — Huissiers.

Les huissiers sont des officiers ministériels chargés de la rédaction de certains actes de procédure, de la signification de tous les actes et juge-

ments et des voies d'exécution (1). Les huissiers se rencontrent dans tous les temps et dans tous les pays; il faut en effet des agents pour assurer l'exécution des actes et décisions judiciaires. Les fonctions des huissiers ne sont pas moins importantes que celles des avoués et, si elles exigent moins de connaissances, elles ne demandent pas moins de diligence. Aussi les huissiers n'ont-ils jamais été supprimés, même à la Révolution; mais ils ont cessé d'être propriétaires de leurs charges jusqu'à la loi du 28 avril 1816 qui leur a rendu cette propriété sous forme de droit de présentation. On ne s'occupa toutefois sérieusement des huissiers que sous le Consulat; la loi du 27 ventôse an VIII décida qu'il y aurait près de chaque tribunal d'arrondissement ou d'appel un certain nombre d'huissiers nommés par le gouvernement sur l'avis du tribunal. Les tribunaux présentèrent, en effet, les candidats à la nomination du premier Consul. Mais il arriva pour les huissiers ce qui s'était produit pour les avoués. Au lieu de résister aux sollicitations dont ils étaient l'objet, les tribunaux y accédèrent et laissèrent ainsi créer un nombre d'huissiers beaucoup trop élevé. Aussi a-t-on été dans la suite obligé de procéder à des réductions à plusieurs reprises.

Les huissiers sont attachés à un arrondissement hors duquel ils ne peuvent pas exercer leurs fonctions. Ils ne résident pas tous au chef-lieu de l'arrondissement; ils sont répartis dans les localités les plus importantes, autant que possible dans le chef-lieu de canton, par le tribunal dont la décision est souveraine et ne peut, par cela même, être attaquée par aucune voie de recours; elle constitue un acte d'administration judiciaire et non une décision contentieuse.

Dans chaque arrondissement, certains huissiers font le service des audiences des différentes juridictions établies dans la ville où sont fixées leurs études; ils portent pour ce motif le nom d'huissiers audienciers et en retour de ces services, parfois un peu pénibles, ils jouissent du privilège fort recherché de signifier les actes d'avoué à avoué; aussi nombre de tribunaux, pour éviter les jalousies, désignent-ils comme huissiers audienciers tous ceux qui sont à la résidence du chef-lieu d'arrondissement. On ne pourrait pas prendre comme huissiers audienciers ceux qui ne demeurent pas au lieu où siège la juridiction. Il faut remarquer, en outre, que les huissiers audienciers des cours d'appel et même ceux de la Cour de cassation ne peuvent instrumenter que dans l'étendue de l'arrondissement (2).

Chaque juridiction choisit parmi les huissiers du lieu où elle siège ceux qui feront le service de ses audiences (décret du 30 mars 1808, art. 94; décret du 6 mars 1809, art. 5 et 6; décret du 14 juin 1813, art. 2, 3 et 24). Lorsqu'il y a plusieurs juridictions dans une même ville, le choix des huis-

(1) Principaux textes sur les huissiers : Loi du 27 ventôse an VIII; décret du 30 mars 1808, art. 94 et suiv.; décret du 6 juillet 1810, art. 116 et suiv.; décret du 12 juin 1813; ord. du 6 octobre 1832; loi du 25 mai 1838, art. 16 et suiv.; loi du 17 juillet 1880; décret du 15 février 1881.

(2) Les huissiers de la Cour de cassation instrumentent dans le département de la Seine comme huissiers ordinaires et, pour ce qui concerne les actes de procédure de la Cour de cassation, ils jouissent d'un monopole. Sur le droit des huissiers d'instrumenter dans tout l'arrondissement et sur le droit de transport qui peut en résulter, voy. civ. cass., 18 avril 1899, D. P. 99, 1, 401; req., 16 mai 1899, D. P. 99, 1, 400.

siers audienciers se fait hiérarchiquement. A Paris, par exemple, il s'exerce dans l'ordre suivant : la Cour de cassation choisit la première ; puis vient la cour d'appel ; en troisième lieu le tribunal de la Seine ; ensuite le tribunal de commerce et en dernier lieu les juges de paix. Partout, le choix est fait pour un an. Le décret du 14 juin 1813 accordait autrefois à certains huissiers le privilège d'être attachés à des justices de paix, mais la loi du 25 mai 1838 (art. 16) reconnaît aujourd'hui à tous les huissiers du canton le droit de faire, devant le juge de paix, les actes quelconques de leur ministère.

Pour pouvoir être nommé huissier, il faut être Français, avoir satisfait à la loi du recrutement, avoir atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, avoir travaillé au moins pendant deux ans dans l'étude d'un notaire ou d'un avoué ou chez un huissier, ou pendant trois ans dans le greffe d'une cour ou d'un tribunal d'arrondissement ; le postulant doit aussi être muni d'un certificat de moralité, bonne conduite et capacité, délivré par la chambre de discipline des huissiers de l'arrondissement ; si celle-ci refuse sans motif de délivrer le certificat, le postulant a le droit d'en appeler au tribunal. L'huissier est nommé, comme l'avoué, par décret du Président de la République sur la présentation de son prédécesseur, après avis de la chambre de discipline, du tribunal et de la cour. Il doit verser un cautionnement et, sous peine de déchéance, se présenter, dans le mois qui suit la notification qui lui est faite de sa nomination, à l'audience du tribunal d'arrondissement pour y prêter serment professionnel. Avant l'accomplissement de ces formalités, l'huissier ne peut faire aucun acte de son ministère, sous peine de nullité et d'amende (art. 194 C. pén.) ; il doit aussi, avant d'entrer en fonctions, se faire immatriculer, ce qui consiste dans son inscription sur un registre du tribunal.

Les huissiers ont la triple mission de rédiger certains actes, de faire toutes les significations d'actes entre les parties et d'exécuter les mandements de la justice. Ils exercent des fonctions publiques ; aussi tombent-ils sous l'application des articles 114 et 174 du Code pénal, édictés contre les auteurs de concussions ou d'attentat à la liberté individuelle ; ils sont dépositaires de deniers publics et, par conséquent, soumis à l'application des règlements relatifs à la comptabilité publique. Dans l'exercice de leurs fonctions, ils sont inviolables, ils jouissent de la protection accordée aux fonctionnaires publics par l'article 224 du Code pénal. Un huissier n'est censé dans l'exercice de ses fonctions qu'autant qu'il est entré au domicile de la partie à laquelle il doit signifier un acte (avis du Conseil d'État du 5 ventôse an XIII) ; il a, pour se faire reconnaître, une médaille où se trouve gravée son immatriculation. L'huissier n'est donc pas dans l'exercice de ses fonctions pendant le temps qu'il met pour se rendre au domicile de la partie à laquelle il doit faire une signification (avis précité du Conseil d'État du 5 ventôse an XIII). De même, on n'est jamais tenu, même pendant le jour, de recevoir un huissier à son domicile, mais une fois qu'on l'a laissé entrer on n'a pas le droit de le chasser, il est alors couvert par l'inviolabilité de ses fonctions.

L'huissier chargé de l'exécution d'un jugement ou d'autre acte exécutoire peut requérir la force armée sans l'intermédiaire du magistrat ; en cas de rébellion, il peut appeler à son secours les habitants (loi du 27 juillet 1791, art. 23).

De même, tout ce qu'un huissier constate dans l'exercice de ses fonctions et qu'il a mission de recevoir, fait foi jusqu'à inscription de faux, mais il n'en est pas de même des faits qu'il relève, même dans l'exercice de ses fonctions, et que la loi ne lui a pas donné mission de certifier.

Les huissiers sont, comme les avoués, les mandataires forcés des parties ; on ne peut se passer de leur ministère, qu'ils ne peuvent pas non plus refuser. En cas de refus d'un huissier, sans cause légitime, de prêter son ministère, il faut s'adresser à la chambre de discipline ou au président ; si l'huissier n'obtempère pas à l'ordre du président, il encourt la destitution (décret du 18 juin 1811, art. 85). Le mandat de l'huissier peut, comme celui de l'avoué, être exprès ou tacite ; le plus souvent, il est tacite et résulte de la remise des pièces.

Par exception, l'huissier peut et même doit refuser son ministère, lorsqu'il est personnellement partie dans la cause où on le requiert d'exploiter, ou s'il est parent ou allié de l'une des parties au degré déterminé par la loi (art. 4 et 66 C. pr. ; décret du 14 janvier 1813, art. 42). Il y a aussi des cas dans lesquels la loi veut que l'huissier soit choisi par le tribunal lui-même ; on dit alors que cet huissier est commis.

En principe, l'huissier fait seul les actes de son ministère. Par exception, l'huissier doit, encore aujourd'hui, être assisté de deux recors dans des cas tout à fait rares, en matière de saisie-exécution (art. 585 C. pr.) et pour les ventes mobilières (loi du 22 pluviôse an VII, art. 5). Ces deux recors ou témoins pouvaient être utiles au moyen âge, à une époque où les huissiers, ne sachant lire ni écrire, faisaient verbalement leurs significations ; ils pouvaient en même temps protéger leur personne contre les attaques et les violences, mais aujourd'hui ils n'ont plus aucune raison d'être.

Les fonctions d'huissier sont incompatibles avec toutes les autres fonctions publiques salariées, avec la profession d'avocat, avec toutes autres charges d'officiers ministériels, avec les fonctions de magistrat, avec la qualité d'agent d'une compagnie d'assurances. Les huissiers peuvent toujours cumuler leurs fonctions avec celles de commissaire-priseur, sauf à Paris. Il leur est défendu de faire le commerce. Il leur est également interdit d'assister comme conseil ou de représenter les parties en qualité de procureur fondé devant les justices de paix (loi du 25 mai 1838, art. 18) et devant les tribunaux de commerce (art. 627 C. com.). La loi ne veut pas non plus qu'ils se rendent cessionnaires des droits litigieux de la compétence du tribunal auprès duquel ils exercent (art. 1597 C. civ.) ; ils ne peuvent pas se porter adjudicataires des objets mobiliers qu'ils sont chargés de vendre (art. 1596 C. civ.).

Les huissiers forment une corporation par arrondissement et cette corporation est représentée par une chambre de discipline. Le nombre des membres de la chambre varie suivant celui des huissiers de l'arrondissement ; il est de cinq à quinze. La chambre est présidée par un syndic, autrefois nommé par le premier président de la Cour dans les arrondissements où siège une cour et par le procureur de la République dans les autres. Aujourd'hui le syndic est élu par la chambre elle-même, d'après un décret des 13-26 octobre 1870. Les membres de la chambre sont nommés par l'assemblée générale des huissiers de l'arrondissement, au scrutin secret, par bul-

letin de liste, à la majorité absolue. La chambre se renouvelle chaque année par tiers. A Paris, pour pouvoir être membre de la chambre, il faut avoir au moins dix années d'exercice ; dans les arrondissements qui comptent au moins vingt huissiers, les membres de la chambre sont pris parmi la moitié des plus anciens (ord. des 26 août 1829 et 6-24 octobre 1832). Les membres de la chambre de discipline nomment entre eux, au scrutin secret, un secrétaire et un rapporteur ; quant au trésorier, il est élu par l'assemblé générale.

La chambre de discipline prend toutes ses décisions à la majorité, pourvu que les deux tiers des membres soient présents. Elle veille au maintien de l'ordre et de la discipline parmi les huissiers de l'arrondissement ; elle les surveille et exerce sur eux son pouvoir disciplinaire, même au point de vue de la vie privée (1), et c'est le rapporteur qui défère à la chambre les affaires de nature à motiver des poursuites disciplinaires. S'il s'élève des différends entre huissiers ou avec des tiers, elle donne son avis ; elle s'efforce de concilier entre huissiers les difficultés professionnelles ; elle représente la corporation dans toutes les affaires où elle est intéressée.

Chaque corporation d'huissiers possède une bourse commune. Cette bourse est formée par le versement que fait chaque huissier des deux cinquièmes des produits de sa charge ; elle s'alimente aussi par certaines amendes prononcées contre les huissiers à l'occasion de leurs fonctions. Chaque année, une partie des recettes de la bourse se répartit entre les membres de la corporation, après prélèvement de la somme nécessaire pour frais de recette et de bureau. Si la corporation le juge convenable, elle peut aussi réserver une certaine somme à titre de caisse de secours pour les huissiers malades, leurs veuves ou leurs orphelins (décret du 14 juin 1813, art. 53, 62, 70, 86, 87, 92, 102 et suiv. ; décret du 13 octobre 1870, art. 2).

Les peines que peut prononcer la chambre de discipline des huissiers sont les mêmes que celles qui sont à la disposition de la chambre des avoués, avec une seule particularité : l'interdiction de l'entrée à la chambre ne peut pas dépasser six mois. Les pouvoirs disciplinaires des tribunaux sur les huissiers sont les mêmes que sur les avoués. Les suspensions et destitutions d'huissiers ne peuvent plus être prononcées que par les tribunaux depuis la loi du 10 mars 1898 dont les dispositions sont communes à ces officiers ministériels ainsi qu'aux commissaires-priseurs. La destitution d'un huissier n'emporte donc plus privation des droits politiques, qu'autant que le jugement de destitution le déclare formellement. Le tribunal est saisi soit par les particuliers intéressés, soit par le ministère public ; il peut, en outre, statuer spontanément, s'il s'agit d'une faute commise à son audience.

Les frais et émoluments des huissiers sont, comme ceux des avoués, déterminés par le tarif ; il leur est défendu de demander plus, sous peine de suspension en matière civile et de destitution en matière criminelle. Celui qui réclamerait une somme moindre que celle fixée par le tarif s'exposerait aussi à des poursuites disciplinaires, car ce fait pourrait être un moyen de concurrence déloyale vis-à-vis des confrères.

L'action des huissiers en paiement de leur salaire se prescrit par un an

(1) Req., 23 février 1887, D. P. 87, 1, 396.

(art. 2272 C. civ.); la loi ne dit rien de l'action en paiement des frais, mais il ne faut pas hésiter à assimiler les frais aux salaires, comme le fait la loi elle-même pour les avoués. Quant aux honoraires qui peuvent être dus aux huissiers pour des soins particuliers, ils ne se prescrivent que par trente ans. Enfin, si un huissier a fait des avances pour le compte de son client, il a le droit de rétention sur les pièces jusqu'au remboursement. De son côté, il est déchargé des pièces au bout de deux ans depuis l'exécution du mandat (art. 2276. C. civ.).

## CHAPITRE IV

### DE LA COMPÉTENCE ET DES ACTIONS.

#### § 25. — Deux sortes de compétence et d'incompétence (art. 168 à 171 C. pr.).

La compétence est le pouvoir donné à un tribunal d'instruire et de juger une affaire. Lorsqu'on saisit d'un procès un tribunal qui n'a pas reçu ce pouvoir, il est incompétent. Les lois de compétence sont de deux sortes : les unes concernent la compétence absolue ou *ratione materiæ* et les autres la compétence relative ou *ratione personæ*. Les lois de la compétence absolue déterminent les ordres de juridiction, les degrés de ces juridictions dans chaque ordre, enfin leur nature. Ce sont ces lois qui ont établi en France quatre sortes de juridictions, constitutionnelle, administrative, criminelle, civile; ce sont elles qui organisent la hiérarchie dans chacun de ces ordres; ce sont elles enfin qui déterminent pour chaque ordre de juridiction quels sont les tribunaux d'exception. Ces lois, comme on le voit, se rattachent aux bases mêmes de l'organisation judiciaire et sont manifestement d'ordre public. Aussi lorsqu'on les viole, c'est-à-dire lorsqu'on saisit un tribunal qui n'appartient pas à l'ordre, au degré, à la nature déterminées par la loi, il y a incompétence *ratione materiæ*. Ce vice, par cela même qu'il intéresse l'ordre public (1), peut être proposé par toute partie en tout état de cause, même pour la première fois devant la Cour de cassation et même par la partie qui a fait naître cette incompétence. Celle-ci ne se couvre qu'à partir du moment où le jugement rendu par le tribunal incompétent n'est plus susceptible d'aucune voie de recours; à ce moment, le jugement devient irrévocable et produit tous ses effets, comme s'il avait été rendu par un tribunal compétent. Lorsque les parties gardent le silence, malgré l'incompétence absolue de la juridiction saisie, le ministère public, s'il existe devant ce tribunal, doit la soulever d'office dans ses conclusions et le tribunal, de son côté, même en cas de silence du ministère public, est tenu de se dessaisir spontanément de l'affaire, quoiqu'il n'en soit pas requis (art. 170 C. pr.) (2).

(1) Paris, 11 juin 1877, D. P. 78, 2, 209.
(2) Civ. cass., 15 novembre 1880, D. P. 81, 1, 196; Bordeaux, 15 mai 1891, D. P. 92, 2, 197.

Il faut se garder de confondre, comme on le fait journellement, l'excès de pouvoir avec l'incompétence absolue ou même parfois avec une simple violation de la loi. L'excès de pouvoir est un acte par lequel un tribunal ou un magistrat de l'ordre judiciaire viole le principe de la séparation des pouvoirs en empiétant sur l'autorité administrative, exécutive, législative. Tel est le cas où un tribunal se permet de critiquer un acte administratif ou de procéder par voie de disposition générale et réglementaire ou encore de blâmer le ministère public (1).

L'excès de pouvoir suppose donc qu'un tribunal se permet un acte interdit à tous les tribunaux, par cela même qu'il constitue un empiétement sur le pouvoir législatif ou sur le pouvoir exécutif. Tout autre est l'incompétence absolue ; elle suppose une affaire qui relève du pouvoir judiciaire et pour laquelle il y a par conséquent des juges compétents ; mais au lieu de s'adresser à ces juges, on en a saisi d'autres qui sont d'une nature, d'un degré ou d'un ordre différent de celui déterminé par la loi, comme, par exemple, si l'on a saisi un tribunal civil d'arrondissement d'une affaire qui devait être portée au conseil de préfecture.

Il ne faut pas non plus comprendre dans l'excès de pouvoir le cas dans lequel un tribunal, d'ailleurs compétent, viole une loi d'ordre public. Il y a dans cette hypothèse simple violation de la loi, non pas excès de pouvoir comme on le dit trop souvent.

Il faut aussi se garder de confondre les lois de la compétence relative ou *ratione personæ* avec celles de la compétence absolue ou *ratione materiæ*.

Après avoir déterminé les différents degrés et natures de juridiction, le législateur doit indiquer aux plaideurs quel est, parmi tous les tribunaux de la nature, du degré et de l'ordre compétents, celui qui doit connaître de l'affaire à l'exclusion des autres. Ainsi, étant établi, d'après les lois de la compétence absolue, que tel litige déterminé relève des tribunaux d'arrondissement, il s'agira de savoir quel est, parmi tous ces tribunaux, celui auquel le demandeur est tenu de porter l'affaire; c'est précisément ce que nous apprennent les lois de la compétence relative, et si le demandeur se trompe de tribunal, saisit tel tribunal d'arrondissement au lieu de tel autre, il y a alors incompétence relative. En général, la loi, pour régler la compétence relative, a choisi entre deux tribunaux, celui du demandeur et celui du défendeur, et elle préfère toujours le second au premier. C'est la tradition plusieurs fois séculaire : *Actor sequitur forum rei*, disait-on déjà dans notre ancien droit et en droit romain. Il est en effet naturel et légitime de préférer le tribunal du défendeur à celui du demandeur : tant que celui-ci n'a pas fait la preuve de son droit, on présume que la résistance du défendeur est fondée et on l'autorise à plaider devant ses propres juges pour que le procès lui cause moins de dérangement. Les lois de la compétence relative ne touchent donc pas, comme celles de la compétence absolue, à l'organisation judiciaire et à l'ordre public; elles sont faites avant tout dans

(1) Crim. cass., 13 juin 1879, D. P. 79, 1, 277; req., 21 juin 1880, D. P. 81, 1, 222; crim. rej., 11 août 1883, D. P. 84, 1, 211; req., 9 avril 1884, D. P. 84, 1, 294; crim. cass., 5 août 1886, D. P. 86, 1, 190; req., 5 décembre 1892, D. P. 93, 1, 175.

l'intérêt privé et particulier du défendeur (1). Aussi, leur violation et l'incompétence relative qui en résulte ne peuvent être invoquées que par ce défendeur à l'exclusion du demandeur. Il faut même que le défendeur fasse valoir l'incompétence relative dès le début du procès, d'une manière plus précise, immédiatement après l'exception de la caution que doit le demandeur étranger et immédiatement avant l'exception de nullité de l'ajournement pour vice de forme (art. 168 et 169 C. pr.). Si le défendeur garde le silence, par cela même il couvre l'incompétence; il y a, comme on dit, prorogation de juridiction et le tribunal qui a été saisi de l'affaire peut en connaître. Il est, en effet, accepté comme juge par les deux plaideurs, par le demandeur qui l'a saisi du procès, par le défendeur qui n'a pas protesté. En aucun cas, le ministère public ne saurait intervenir et s'opposer à cette prorogation de juridiction en proposant l'incompétence relative.

Mais le tribunal, dont l'incompétence relative est couverte par le consentement des plaideurs, est-il tenu de juger, sous peine de commettre un déni de justice? La loi répond affirmativement pour les juges de paix dans l'art. 7 C. pr.; mais elle garde le silence pour les autres tribunaux. Comment faut-il interpréter ce silence? Pour répondre à cette question, il convient de se rappeler avec soin la nature et l'objet des quarante-sept premiers articles du Code de procédure: ils sont consacrés à la procédure devant les juges de paix et ont pour objet de faire connaître sous quels rapports cette procédure s'éloigne du droit commun. Ce sont, en d'autres termes, des dispositions exceptionnelles qui supposent des règles contraires au droit commun et auxquelles elles dérogent. En décidant que le juge de paix incompétent d'une manière relative sera tenu de juger au risque de commettre un déni de justice, le législateur a voulu s'écarter du droit commun. La règle générale sous-entendue dans la loi (art. 7 C. pr.) est donc qu'en cas d'incompétence relative, couverte par le consentement des parties, les juges saisis de l'affaire, autres que les juges de paix, peuvent en connaître, mais qu'ils n'y sont pas obligés et, s'ils refusent de statuer, ils ne commettent pas un déni de justice.

Cette solution est tout à fait raisonnable: il ne faut pas oublier, en effet, que le tribunal saisi par le demandeur n'est pas le juge naturel des parties, celles-ci ne sont donc pas menacées de se trouver sans juge et si l'on donnait aux particuliers le droit d'imposer leurs affaires à des tribunaux qui ne sont pas leurs juges naturels, il pourrait en résulter de graves inconvénients pour la bonne administration de la justice; tel tribunal pourrait être encombré, tel autre déserté.

## § 26. — Règles de la compétence et de l'incompétence absolues.

Les règles fondamentales de la compétence et de l'incompétence absolues peuvent se ramener à quatre, auxquelles il faut toutefois rattacher les exceptions qu'elles comportent (2). Mais il est bien évident que ces exceptions ne peuvent résulter que de la loi elle-même: seule, une loi peut, par des

(1) Req., 26 février 1894. D. P. 94, 1, 511.

(2) Voy. sur toute cette théorie l'article que j'ai publié dans la *Revue critique de droit français et étranger*, année 1881, t. XLVIII, p. 228, 407, 496, 581.

motifs très divers, déroger à une autre loi d'ordre public. On ne saurait reconnaître un pareil droit aux particuliers ni même aux magistrats (art. 6 C. civ.).

Première règle. — Les lois de la compétence absolue déterminent les différents ordres des juridictions ou tribunaux. Nous avons déjà relevé précédemment qu'il y a, en France, quatre ordres de juridiction : justice constitutionnelle, justice administrative, justice criminelle, justice civile. Si donc on saisit un tribunal d'un certain ordre aux lieu et place d'un tribunal d'un autre ordre, il y a incompétence absolue ; tel serait le cas, déjà cité, d'une affaire administrative portée devant un tribunal civil. Ainsi les tribunaux civils sont incompétents pour connaître de la demande formée par un député à l'effet d'obtenir le paiement de retenues opérées sur son indemnité en vertu de mesures disciplinaires prises contre lui par application du règlement de la Chambre ; on pourrait même aller plus loin que ne l'a fait la jurisprudence et soutenir que, dans ce cas, si le tribunal civil statuait, il y aurait excès de pouvoir, car le règlement de la Chambre des députés échappe à l'appréciation des tribunaux civils (1) (loi des 16-24 août 1790 ; loi du 15 mars 1849, art. 96 et 97 ; loi du 16 juillet 1875, art. 5 ; loi du 30 novembre 1875, art. 17). Les tribunaux de l'ordre judiciaire sont aussi incompétents d'une manière absolue pour connaître des dommages-intérêts réclamés contre l'État, lorsque le tort est imputé à un des agents qu'il emploie dans un service public (2). Le mot agent est même pris ici dans un sens très large et comprend tous ceux qui sont placés sous l'autorité d'un ministre, par exemple les officiers et soldats de l'armée (3).

Que les tribunaux de l'ordre temporel soient absolument incompétents pour statuer sur les difficultés de l'ordre purement spirituel, c'est ce que personne ne conteste aujourd'hui. L'Etat et ses tribunaux doivent rester neutres dans le domaine spirituel, mais dès qu'il s'agit de droit civil des particuliers, la justice temporelle a le droit de statuer et même, par exemple, d'interpréter les règlements intérieurs des congrégations reconnues par les autorités civiles (4). Chacun de ces règlements forme un véritable contrat, qui tient de la nature de la société et qui intervient entre la congrégation et chacun de ses membres. Dans la mesure où ce contrat rentre dans le domaine du droit, les tribunaux ont le pouvoir d'en connaître ; ainsi ils peuvent interdire l'expulsion de religieux en dehors des cas prévus par le règlement, comme ils peuvent s'opposer à la mise hors d'une société, d'un associé, en dehors des termes du contrat. Ils doivent aussi déclarer nulles les clauses contraires à l'ordre public, par exemple les pactes sur succession future intervenus entre un religieux et sa congrégation (5).

Toutefois, par exception à la règle suivant laquelle les tribunaux d'un ordre sont incompétents, d'une manière absolue, pour connaître des affaires attribuées à un autre ordre, les tribunaux de répression peuvent connaître

(1) Req. 30 janvier 1883, S. 83, 1, 111.
(2) Civ. cass., 17 mars 1884, S. 84, 1, 224.
(3) Req., 7 mai 1884, S. 85, 1, 437.
(4) Les règlements des autres congrégations n'ont pas d'existence légale.
(5) Req., 18 juillet 1881, S. 82, 1, 289.

de certains procès civils : il s'agit des actions civiles qui naissent des infractions à la loi pénale, telles que les actions en restitution ou en dommages-intérêts à raison de délits (*lato sensu*). Les victimes de ces infractions peuvent sans doute saisir les tribunaux civils de ces actions, mais encore ces tribunaux doivent-ils, en ce cas, suspendre toute procédure tant que la justice répressive n'a pas statué, en vertu de ce principe que le criminel tient le civil en état. Cependant la loi offre aux victimes des délits une autre voie : elle leur permet de joindre l'action civile à l'action publique en se portant partie civile devant la justice répressive (1), et celle-ci statue sur l'une et l'autre. Mais les tribunaux de police simple ou correctionnelle ne peuvent juger l'action civile qu'autant qu'ils prononcent une condamnation pénale ; en cas d'acquittement, ils deviennent incompétents (2) et l'action de la partie privée doit être portée au tribunal civil, suivant les règles de la compétence ordinaire. En cas d'accusation de crime, la loi est plus large en faveur des cours d'assises; celles-ci peuvent statuer sur les intérêts civils, même si, l'accusé ayant été reconnu non coupable par le jury, le président a rendu une ordonnance d'acquittement (3).

Quoi qu'il en soit, il y a là, comme on le voit, un certain nombre d'exceptions importantes à la règle suivant laquelle les tribunaux de répression sont incompétents d'une manière absolue pour connaître des matières civiles. En sens inverse, nous constaterons qu'en maintes circonstances les tribunaux de l'ordre civil sont compétents pour statuer sur certains délits, notamment sur les délits d'audience (art. 11, 89 et suiv. C. pr.) et sur un grand nombre d'infractions professionnelles des officiers ministériels (décret du 30 mars 1808, art. 102 et 103).

Par application de notre première règle, nous déciderons aussi qu'il y aurait incompétence absolue si l'on saisissait un tribunal de l'ordre civil d'une affaire administrative ou réciproquement un tribunal de l'ordre administratif d'une affaire civile ou de répression. Le législateur a cependant parfois aussi dérogé à ce principe. Il attribue aux conseils de préfecture les contraventions de grande voirie qui, d'après le droit commun, devraient être portées aux tribunaux correctionnels et, en sens inverse, il donne compétence sans appel aux tribunaux d'arrondissement pour le contentieux des contributions indirectes, des douanes et de l'enregistrement, qui devrait dépendre de la justice administrative.

Il est parfois assez délicat de fixer la frontière qui sépare la compétence judiciaire de la compétence administrative. En principe, les tribunaux administratifs sont établis, à l'exclusion des tribunaux judiciaires, pour juger les procès naissant des actes administratifs qui portent atteinte à un droit acquis (4). On entend par acte administratif tout acte fait par un agent

(1) Les parties ont un intérêt évident à employer ce mode de procéder, qui, dans certains cas, peut avoir l'avantage de la célérité et de l'économie de frais ; de simples conclusions prises à la barre suffisent pour lier le débat sans autre procédure.

(2) Trib. de la Seine, 28 mai 1890, D. P. 93, 1,49; crim. cass., 5 juillet 1890, D. P. 91, 1, 413.

(3) Cour d'assises de la Creuse, 15 juillet 1889, D. P. 90, 2, 10.

(4) Civ., cass., 17 mars 1884, S. 84, 1, 224 ; req., 7 mai 1884, S. 85, 1, 437.

administratif ou en son nom dans l'exercice et à l'occasion de ses fonctions. Il faut se garder de le confondre avec l'acte réglementaire qui tient du pouvoir législatif et n'est susceptible d'aucun recours ou avec l'acte contractuel qui, à moins d'un texte contraire, relève de la compétence des tribunaux judiciaires, quoiqu'il ait été passé par l'autorité administrative (1). L'acte *politique* gouvernemental forme encore une autre classe ; à raison de son caractère politique, il échappe à la compétence de la justice administrative. La loi du 24 mai 1872, art. 9, sur le Conseil d'État, porte que celui-ci ne peut statuer que « sur les recours en matière contentieuse administrative » et ces derniers termes ont pour objet d'écarter la compétence pour les actes gouvernementaux, c'est-à-dire pour les actes émanés d'une autorité politique à raison des pouvoirs que lui confèrent les lois constitutionnelles. Les tribunaux judiciaires, de leur côté, ne peuvent pas, sous peine de commettre des excès de pouvoir, annuler ou critiquer ces actes, mais ils ont le droit de rechercher s'ils sont légaux et de les déclarer illégaux toutes les fois qu'il s'agit de la personne ou de la propriété des citoyens. Cette question a été soulevée et ainsi jugée dans une affaire célèbre à propos de la saisie des premiers volumes de l'*Histoire des princes de Condé* par le duc d'Aumale et dans laquelle M. Aucoc, alors maître des requêtes au Conseil d'État, a donné des conclusions tout à fait remarquables (arrêt du Conseil d'État du 9 mai 1867). La même question a reparu, mais sous une forme plus compliquée, à propos des décrets d'expulsion des congrégations (2).

La compétence de la juridiction administrative n'apparaît donc qu'autant que la difficulté naît d'un acte administratif proprement dit : encore faut-il que cet acte lèse un droit acquis. Si cette condition fait défaut, il n'y a plus lieu à contentieux administratif, même dans le cas où l'acte, sans léser un doit acquis, froisserait un intérêt; il n'y a plus alors qu'un recours gracieux à l'autorité même de laquelle l'acte émane. Cependant le recours contentieux serait admis, si cet acte était le résultat d'une incompétence

(1) Rouen, 17 avril 1878, S. 79, 2, 143. Sur la théorie de l'acte administratif, voy. la note A. S. dans S. 83, 3, 1.

(2) Dans cette affaire de l'expulsion des congrégations, qui remonte à 1880 et qui n'offre plus aujourd'hui qu'un intérêt historique, presque tous ceux qui y ont été mêlés ne connaissaient pas la loi. Le gouvernement, le premier, a donné cet exemple en rendant des décrets pour prescrire la fermeture des congrégations non autorisées et l'expulsion de leurs membres. Ces décrets étaient absolument inutiles, puisqu'il s'agissait de congrégations n'ayant pas d'existence légale. Il aurait suffi au gouvernement de donner des ordres au ministère public, lequel est en effet compétent pour prendre les mesures qu'on croit nécessaires contre les congrégations non autorisées. Mais au lieu de s'adresser au ministère public, on a donné des ordres aux préfets pour la fermeture des maisons et les préfets ont rendu des arrêtés à cet effet. Les religieux pouvaient-ils protester en s'adressant à la justice civile, sous prétexte qu'ils étaient atteints dans leurs droits de propriétaires ou de locataires? La négative s'impose, si l'on admet que les préfets étaient dans l'exercice de leurs fonctions en rendant ces arrêtés. L'affirmative peut au contraire être soutenue, si l'on estime que les décrets du gouvernement et les arrêtés préfectoraux qui en ont été la conséquence étaient non pas des actes administratifs, mais des actes politiques gouvernementaux portant atteinte à la liberté et à la propriété de certains citoyens. Voy. en sens divers sur ces questions : Trib. de Toulouse, 2 août 1800 ; trib. de Bordeaux, 26 octobre 1880 ; trib. d'Agen, 31 décembre 1880 ; trib. de Nontron, 7 janvier 1881, S. 82, 2, 206 ; trib. des conflits, 5 février et 5 mars 1881, S. 82, 3, 42 et 52.

ou d'un excès de pouvoir, et ce recours serait alors porté au Conseil d'État (loi du 24 mai 1872, art. 9). Par exemple, il ne peut pas être question d'un recours contentieux contre la décision qui refuse un changement de nom; elle peut froisser un intérêt, mais elle ne porte pas atteinte à un droit acquis à celui qui demande ce changement. Bien au contraire, si le décret autorisait le changement, il pourrait être attaqué au moyen de la voie contentieuse par toute personne portant déjà ce nom et qui serait atteinte dans son droit (1).

Telles sont les principales frontières qui séparent les juridictions administratives des juridictions judiciaires. Ce n'est pas ici le lieu d'aborder la célèbre question de savoir s'il doit exister une justice administrative distincte de la justice ordinaire. Dans notre ancien droit, on s'en souvient, il en était autrement : il n'existait qu'une seule justice et à côté d'elle étaient établis des tribunaux administratifs, mais à titre exceptionnel. On a prétendu, après la Révolution, que l'existence d'une justice administrative de droit commun, indépendante de la justice ordinaire, est la conséquence nécessaire du principe de la séparation des pouvoirs, alors comme nous l'avons déjà dit, qu'elle en est précisément la violation. En créant une justice administrative, on rend l'administration juge et partie dans sa propre cause et on confond les pouvoirs en lui reconnaissant le droit de se juger elle-même. On ne s'y est pas mépris à l'étranger et, dans les pays de vraie liberté, comme en Angleterre et en Italie, il n'existe pas une justice administrative indépendante, mais seulement certains tribunaux administratifs d'une nature exceptionnelle. L'établissement de la justice administrative n'a eu d'autre but de la part de ceux qui en sont les auteurs, que d'assurer la suprématie du principe d'autorité et parfois même d'arbitraire sur le principe de liberté et d'égalité. C'est dire qu'il ne convient pas dans un état démocratique et libéral. Aussi la question de la suppression de la juridiction administrative a-t-elle été maintes fois agitée pendant le XIX<sup>e</sup> siècle. Elle a été d'abord soulevée dans un article célèbre publié en 1828 dans la *Revue française*. On a repris, plus tard, le problème sous la monarchie de Juillet, dans les discussions soulevées par les projets de loi qui aboutirent à la loi du Conseil d'État du 19 juillet 1845. Il en fut aussi question, sous la seconde République, dans les travaux préparatoires de la loi du Conseil d'État du 9 mars 1849 et dans les rapports du Conseil d'État et de la commission de l'Assemblée législative, en 1851, relatifs à un projet de loi concernant l'administration intérieure. En 1865, on reprit la question à propos de la loi sur les conseils de préfecture. L'Académie des sciences morales et politiques en a fait aussi plusieurs fois l'objet de ses discussions (2). Mais ces tentatives de réforme ont toujours échoué en présence de la résistance des divers gouvernements qui se sont succédé en France; ils ont tous compris que la justice administrative leur donne une force considérable et se sont peu souciés des intérêts particuliers qui peuvent en être la victime. Sous prétexte que la justice ordinaire jouit d'une indépendance complète

(1) Le recours s'introduit sous forme d'opposition dans l'année de l'insertion à l'*Officiel* du décret qui a autorisé le changement de nom (loi du 11 germinal an XI, art. 7).

(2) Voy. en dernier lieu un rapport de M. Aucoc, *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, t. CXII, p. 198.

par l'effet de son inamovibilité (1), on a conservé toutes les précautions prises contre elle dans la crainte d'empiétements de sa part. Le Code pénal (art. 127 et 130) menace de la dégradation civique, il est vrai, les administrateurs et les magistrats qui se permettent des empiétements graves. Ces dispositions sont restées à peu près lettre morte, parce que, concernant des délits, elles supposent par cela même, de la part de leurs auteurs, une intention criminelle qui n'existe jamais en fait. Pour protéger l'administration, on a imaginé deux moyens : celui de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII et la procédure du conflit.

Aux termes de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, aucun fonctionnaire de l'ordre administratif ne peut être traduit, pour fait relatif à ses fonctions, devant les tribunaux ordinaires qu'avec l'autorisation du Conseil d'État. Il semble bien que cette disposition aurait dû disparaître en même temps que les autres de la même Constitution. Lorsque celle-ci fut abrogée, on admit cependant le maintien de l'article 75 ; tous les gouvernements qui se sont succédé depuis la Restauration jusqu'à la troisième République ont prétendu, sans raison sérieuse, qu'il était resté en rigueur. C'était le moyen de conserver au pouvoir exécutif une des armes formidables créées par le Consulat et l'Empire. Toutefois, en 1870, le gouvernement de la Défense nationale estima avec raison que cette disposition était tout à fait incompatible avec un régime libéral et démocratique ; elle fut abrogée par un décret du 19 septembre de cette même année. On put croire un instant que désormais la justice ordinaire serait librement ouverte aux particuliers contre les agents de l'ordre administratif, même pour faits relatifs à leurs fonctions. Il n'en fut rien et, bien au contraire, depuis ce décret l'accès de la justice ordinaire est devenu plus difficile encore, pour ne pas dire impossible contre les fonctionnaires administratifs. C'est qu'en effet il ne suffisait pas d'abroger l'article 75 ; il aurait aussi fallu supprimer la justice administrative. Du moment que celle-ci subsiste, il est encore plus facile aujourd'hui qu'autrefois aux fonctionnaires administratifs d'échapper à la justice ordinaire. Autrefois, celle-ci statuait en toute sécurité, en pareille matière, du moment que le Conseil d'État avait donné son autorisation ; elle était en effet alors sûre de sa compétence. Aujourd'hui, toutes les fois qu'un particulier agit devant elle contre un agent de l'administration, elle peut être arrêtée par le second moyen établi pour protéger les agents administratifs et dont nous allons parler ; dans cette crainte, les tribunaux ordinaires prennent même d'office les devants et se déclarent incompétents *ratione materiæ*.

Ce second moyen de protection de l'administration contre la justice ordinaire s'appelle le conflit d'attribution. Toutes les fois qu'un tribunal se permet un empiétement sur l'administration, celle-ci, représentée par le préfet du département, peut élever le conflit devant ce tribunal. Ce n'est pas ici le lieu de rechercher devant quels tribunaux de l'ordre civil ou répressif le conflit peut être élevé, ou d'en étudier la procédure (2). Disons seulement

(1) Il y aurait beaucoup à dire sur cette inamovibilité qui est purement nominale pour les magistrats inférieurs que le gouvernement tient dans sa dépendance au moyen de l'avancement.

(2) Voy. à cet égard l'ord. du 1er juin 1828.

que sous les régimes monarchiques, le conflit d'attribution entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative était réglé par le chef de l'État, empereur ou roi, en son Conseil d'État. Le chef de l'État était tout naturellement indiqué pour trancher ces difficultés, par celà même qu'il tenait des trois pouvoirs. Mais tout autre est la situation d'un Président de République : il est presque exclusivement le chef du pouvoir exécutif, et ce premier magistrat de la République n'a dès lors pas qualité pour trancher les conflits d'attribution. Aussi a-t-on rétabli le tribunal des conflits, qui avait été déjà créé sous la République de 1848, et c'est ce tribunal composé moitié de magistrats de la Cour de cassation, moitié de membres du Conseil d'État, qui décide s'il y a eu ou non, de la part de l'autorité judiciaire, empiétement sur l'administration (loi du 24 mai 1872) (1).

Deuxième règle. — Les lois de la compétence absolue déterminent dans chaque ordre de tribunaux la hiérarchie judiciaire et les degrés de juridiction. Nous ne devons nous occuper ici que des règles relatives aux tribunaux de l'ordre civil. La loi place au bas de la hiérarchie judiciaire les juges de paix et à côté d'eux les conseils de prud'hommes ; les uns et les autres ont pour ressort le canton. Au-dessus d'eux, s'élèvent les tribunaux civils d'arrondissement et les tribunaux de commerce, dont la compétence s'étend sur tout un arrondissement. Viennent ensuite les cours d'appel, dont le ressort, sauf exception pour la Cour de Bastia, comprend toujours deux ou plusieurs départements. Enfin, la Cour de cassation est placée au sommet de la hiérarchie judiciaire avec une compétence qui s'étend sur toute la France, y compris ses colonies et autres dépendances.

Quant aux degrés de juridiction, la loi pose en principe général que toute affaire en comporte deux, mais jamais davantage (2) ; en d'autres termes l'appel est de droit commun, mais on ne peut interjeter qu'un seul appel. Par exception, un certain nombre d'affaires ne comportent même qu'un degré de juridiction ; la loi défend d'appeler du jugement. Ainsi sont jugées sans appel : les affaires de la compétence du juge de paix jusqu'à 100 francs de principal inclusivement (loi du 25 mai 1838, art. 1) ; les affaires de la compétence des conseils de prud'hommes, jusqu'à 200 francs de capital inclusivement (loi du 1er juin 1853) ; les procès de la compétence des tribunaux d'arrondissement, en matière mobilière depuis 200 francs de principal (somme à laquelle s'arrête la compétence des juges de paix) jusqu'à 1 500 francs exclusivement, et en matière immobilière jusqu'à 60 francs de revenu annuel constaté par contrat de bail ou de rente (loi du 11 avril 1838) ; les affaires commerciales depuis la somme la plus minime jusqu'à 1 500 francs de principal inclusivement (loi du 3 mars 1840 dont le texte a passé dans l'article 639 du Code de commerce). Au-dessus de ces sommes toutes les affaires sont jugées à charge d'appel. Toutefois, le contentieux des contributions indirectes est toujours de la compétence des tribunaux d'arrondissement en premier et dernier ressort.

En limitant ainsi le nombre des degrés de juridiction, le législateur s'est

(1) Pour le tribunal des conflits de la République de 1848, voy. Constitution du 4 novembre 1848, art. 89 ; loi du 9 mars 1849, art. 64 ; loi du 4 février 1850.

(2) Req., 3 août 1891, D. P. 92, 1, 408.

souvenu des plaintes autrefois élevées contre les lois qui admettaient jusqu'à cinq ou six degrés de juridiction pour une même affaire, ce qui éternisait les procès et causait la ruine des plaideurs. Ce sont visiblement des raisons d'ordre public qui ont motivé ces règles relatives aux degrés de juridiction. Il y aurait donc incompétence absolue, si on y portait atteinte (1), par exemple si l'on interjetait appel dans un cas où la loi refuse cette voie de recours ; aussi la juridiction, à laquelle les parties se seraient adressées comme juge de second degré, devrait-elle se déclarer incompétente même d'office (2). Il faudrait encore donner cette solution si, les parties ayant plaidé devant le juge de paix et en appel devant le tribunal d'arrondissement, l'une d'elles interjetait un second appel devant la cour.

Mais lorsque la loi établit deux degrés de juridiction, elle n'entend pas les imposer aux parties : elle les leur offre seulement sous la seule condition, pour le cas où elles voudraient user des deux juridictions, de suivre l'ordre prescrit par la hiérarchie judiciaire. Les plaideurs peuvent, sans aucun doute, s'en tenir au premier degré de juridiction et renoncer à l'appel contre le jugement rendu. Il y a plus : il est permis aux deux parties ou à l'une d'elles de renoncer à l'appel au cours de l'instance et même avant le procès. La loi le dit formellement pour les affaires de la compétence des juges de paix (art. 7 C. pr.), pour les procès commerciaux (art. 639 C. com.) et aussi en matière arbitrale (art. 1010 C. pr.). Mais le Code de procédure garde le silence au sujet des affaires civiles de la compétence des tribunaux d'arrondissement et on en a conclu pendant quelque temps qu'il n'est pas permis de renoncer par anticipation au droit d'appeler des jugements civils des tribunaux d'arrondissement, sous prétexte que ce droit d'appel serait d'ordre public. Cette opinion est aujourd'hui abandonnée. En effet, si la loi permet de renoncer au droit d'appeler, c'est évidemment qu'elle ne considère pas ce droit comme intéressant l'ordre public. Le silence du Code de procédure au sujet des affaires de la compétence des tribunaux d'arrondissement s'explique par cette circonstance qu'au moment où il fut mis en vigueur la question était déjà tranchée pour les tribunaux d'arrondissement par la loi des 16-24 août 1790 ; on crut inutile, bien à tort d'ailleurs, de la reproduire, sous prétexte qu'il s'agissait là plutôt d'une loi de compétence absolue que d'une loi de procédure. Mais du moment que le droit d'appeler ne touche en rien à l'ordre public, il doit être permis d'y renoncer par anticipation. Il est de principe fondamental qu'on peut renoncer même à des droits qui ne sont pas encore ouverts ; ce qui le prouve, c'est que le législateur a cru, et avec raison, nécessaire de s'expliquer toutes les fois qu'il a voulu prohiber ces renonciations anticipées, par exemple en matière de succession (art. 791, 1130, 1389 C. civ.).

On ne s'entend pas encore aujourd'hui pour le cas où, la loi offrant deux degrés de juridiction, les plaideurs s'adressent directement au second et suppriment le premier. Sans doute, on n'a jamais vu un demandeur porter directement le procès devant une cour d'appel au lieu de s'adresser d'abord au tribunal d'arrondissement. Mais, parfois, si l'affaire est de la compétence

(1) Riom, 23 avril 1884, S. 86, 2, 159.

(2) Tananarive, 1 octobre 1896, D. P. 99, 1, 380 ; Lyon, 3 février 1899, D. P. 1900, 2, 174.

du juge de paix à charge d'appel, le demandeur assigne d'emblée devant le tribunal d'arrondissement qui devrait être seulement juge d'appel. D'autres fois, une affaire de la compétence du tribunal d'arrondissement a sans doute été portée à ce tribunal, mais ensuite, et en appel, l'une ou l'autre des parties ajoute à la demande originaire une ou plusieurs demandes nouvelles, qui par, cela même, n'ont pas subi le premier degré de juridiction. Lorsque ce premier degré est ainsi supprimé, et qu'on saisit tout de suite le second, celui-ci est, de l'aveu de tous, incompétent. Mais la difficulté commence sur le point de savoir si cette incompétence est absolue ou relative, et on connaît tout l'intérêt de la question : en cas d'incompétence relative, celle-ci pourra être couverte par le consentement exprès ou tacite des parties; s'il s'agit d'incompétence absolue, elle ne se couvre pas et, tant que dure le procès, elle peut être proposée par les plaideurs ou par le ministère public et doit même être soulevée d'office par la juridiction qu'on a saisie à tort.

Après avoir éprouvé quelques hésitations, la jurisprudence s'est définitivement fixée dans le sens de l'incompétence relative, se fondant sur ce que les deux degrés de juridictions sont offerts et non pas imposés aux parties. On fait remarquer que les plaideurs ont incontestablement le droit de s'en tenir au premier degré de juridiction : c'est ce qu'ils font en renonçant à l'appel. Pourquoi ne pourraient-ils pas alors procéder en sens inverse et renoncer au premier degré de juridiction pour ne s'adresser qu'au second? S'ils ont le droit de s'en tenir au tribunal de première instance, qui offre cependant moins de garantie que celui de l'appel, ne serait-ce que par le nombre des magistrats, à plus forte raison peuvent-ils s'en tenir à celui qui donne plus de garantie.

Ces raisonnements ne sont pourtant pas satisfaisants. Sans doute, la loi offre les deux degrés de juridiction aux plaideurs et ne les leur impose pas, mais dans l'intérêt de la hiérarchie judiciaire, elle leur prescrit un ordre à suivre lorsqu'elles veulent user des deux degrés et si les parties entendaient s'en tenir à un seul, elles ne le pourraient qu'à la condition de ne pas intervertir les degrés. Quand une partie renonce à l'appel, par conséquent au second degré de juridiction, elle ne porte aucune atteinte aux lois d'ordre public relatives aux degrés de juridiction. Il en est tout autrement si elle saisit le second degré au lieu du premier ; elle intervertit alors les degrés de juridiction, par exemple en mettant la cour d'appel à la place du tribunal d'arrondissement ou le tribunal d'arrondissement à la place du juge de paix. Cette interversion n'étant permise par aucun texte est, par cela même, une violation des lois d'ordre public relatives aux degrés de juridiction et produit une incompétence absolue.

Nous allons en avoir une preuve plus complète en examinant les différents cas qui peuvent se présenter et qui donnent encore lieu aujourd'hui à de très vives controverses.

Supposons d'abord qu'un tribunal d'arrondissement ait été directement saisi d'une affaire de la compétence du juge de paix; que ce tribunal d'arrondissement soit incompétent, personne ne le conteste. Mais la difficulté commence lorsqu'il s agit de savoir si cette incompétence est absolue ou relative. La jurisprudence est fixée dans le second sens et elle en conclut

que cette incompétence relative peut se couvrir par le silence du défendeur (1).

Dans le sens de cette doctrine, on dit que le tribunal d'arrondissement formant la juridiction de droit commun par excellence, les parties peuvent toujours renoncer aux tribunaux d'exception établis en leur faveur, pour revenir devant le tribunal ordinaire (arg. loi 25 mai 1838, art. 8). On ajoute que si l'incompétence du tribunal d'arrondissement est purement relative pour les affaires commerciales, il doit, à plus forte raison, en être de même pour les affaires attribuées aux juges de paix. En raisonnant ainsi, la jurisprudence et les auteurs partisans de cette doctrine perdent complètement de vue les lois relatives aux degrés de juridiction et se placent sur un terrain étranger à la question. Pour bien comprendre cette difficulté, il faut distinguer entre les affaires de la compétence du juge de paix, en premier ressort seulement, et les affaires de la compétence, en premier et dernier ressort, du juge de paix. Pour les premières, la question se ramène, en effet, à savoir quelle est la nature de l'incompétence du tribunal du second degré lorsqu'on le met à la place du tribunal du premier degré et nous avons vu qu'en pareil cas il y a incompétence absolue.

Mais la violation de la loi n'est-elle pas encore plus frappante, lorsqu'on substitue le tribunal d'arrondissement au juge de paix dans une affaire où celui-ci est seul juge du procès ? On ne peut même plus dire en pareil cas qu'il y ait dans le tribunal d'arrondissement un germe de compétence, puisqu'il s'agit d'une affaire que la loi a voulu attribuer exclusivement au juge de paix, afin qu'elle soit instruite plutôt en équité qu'en droit.

On peut admettre que l'incompétence des tribunaux d'arrondissement pour les affaires commerciales est purement relative et que cette incompétence devient absolue s'il s'agit d'une affaire de justice de paix, sans se mettre en contradiction ; c'est qu'en effet, dans le premier cas, il s'agit de deux tribunaux placés au même degré dans la hiérarchie judiciaire et que dès lors aucune atteinte n'est portée aux lois sur les degrés de juridiction. Il en est tout autrement lorsqu'on met le tribunal d'arrondissement à la place du juge de paix. En outre, on soumet aux lenteurs et aux frais de la procédure des tribunaux d'arrondissement une affaire qui, dans l'esprit de la loi, doit être jugée sans frais, rapidement et en équité. Sous ces différents points de vue, il y a vraiment violation de lois d'ordre public et par cela même incompétence absolue (2).

Le cas inverse fait renaître la même difficulté, mais sous un aspect différent : lorsqu'une affaire de la compétence du tribunal d'arrondissement a été portée au juge de paix, quelle est la nature de l'incompétence de ce magistrat ? On a toujours admis, sans controverse, que cette incompétence est absolue, s'il s'agit d'une question d'état ou d'une affaire immobilière ou encore d'un procès commercial, parce qu'en effet, dans ces différents cas, la loi est très formelle pour refuser toute compétence aux juges de paix (3). La

(1) Req., 19 février 1894, D. P. 94, 1, 220 ; Paris, 7 juillet 1873, D. P. 74, 5, 241.

(2) Civ. cass., 12 mars 1889 et 5 novembre 1889 dans le *Répertoire de la Gazette du Palais*, année 1889, 1, 562 et 567.

(3) Besançon, 2 mai 1890, D. P. 91, 2, 103 ; civ. cass., 5 février 1896, D. P. 96, 1, 578.

difficulté commence lorsqu'il s'agit d'actions mobilières supérieures à 200 francs et qui, à raison de leur chiffre, sont de la compétence des tribunaux d'arrondissement. Si une de ces demandes est portée à un juge de paix, quelle est la nature de son incompétence? La jurisprudence se prononce encore ici pour l'incompétence relative, de sorte que celle-ci peut être couverte par l'accord des parties, qui proroge en pareil cas la juridiction du juge de paix. Elle n'admet pas cette prorogation en matière immobilière, parce qu'il s'agit d'affaires qui échappent toujours au juge de paix (1), mais elle l'autorise en matière mobilière, sous prétexte qu'il existe alors dans le juge de paix un germe de compétence, puisque la loi elle-même lui défère les actions personnelles mobilières qui ne dépassent pas 200 francs; en saisissant le juge de paix d'un procès d'une valeur plus élevée, on ne fait qu'étendre sa compétence d'une quantité moindre à une quantité supérieure, mais non d'un genre à un autre (2).

Cette solution et les arguments qu'on donne à l'appui nous paraissent tout à fait défectueux. D'abord il n'est pas vrai de dire que la loi refuse toute compétence au juge de paix en matière immobilière puisqu'elle lui attribue au contraire les actions possessoires (loi du 25 mai 1838, art. 6). Ce qui est vrai, c'est que le juge de paix est un tribunal d'exception dont la compétence se limite dès lors par des lois d'ordre public aux affaires que la loi lui attribue et il importe d'appliquer cette règle avec une rigueur toute particulière lorsqu'elle est confirmée et complétée par les lois relatives aux degrés de juridiction. Or, en saisissant le juge de paix d'une affaire de la compétence des tribunaux d'arrondissement, on bouleverse complètement les dispositions des lois concernant les degrés de juridiction. S'agit-il d'une action dont la valeur ne dépasse pas 1 500 francs, le juge de paix ne pourra la juger qu'à charge d'appel et l'on établira ainsi deux degrés de juridiction pour une affaire où la loi n'en admet qu'un. S'agit-il d'une affaire supérieure à 1 500 francs, on met le juge de paix à la place du tribunal d'arrondissement et le tribunal d'arrondissement à la place de la cour d'appel. On ne saurait permettre aux particuliers de pareilles interversions.

Mais si les parties ne peuvent pas donner compétence au juge de paix pour les affaires personnelles mobilières supérieures à 100 francs, rien ne s'oppose à ce qu'elles le choisissent comme arbitre. Seulement, le juge de paix, n'étant plus un magistrat, a le droit de leur refuser la mission qu'on lui offre sans commettre un déni de justice et sans violer l'article 7 du Code de procédure; de même, il ne pourra pas revêtir la sentence qu'il rendra de la formule exécutoire.

Ces conflits de juridiction entre tribunaux d'arrondissement et juges de paix peuvent aussi se présenter, mais très rarement, entre les tribunaux de commerce et les prud'hommes, qui sont également placés à des degrés différents dans la hiérarchie judiciaire. Elle comporte encore les mêmes solutions et par identité de motifs. Il y a donc incompétence absolue si l'on saisit un

(1) Req., 23 octobre 1888, D. P. 89, 1, 449.

(2) Civ. cass., 6 janvier 1845, 9 mars 1857, 5 janvier 1858, 15 juin 1869, Rousseau et Laisney, v° *Compétence des tribunaux de paix*, n° 750; civ. cass., 3 novembre 1891, D. P. 92, 1, 233.

tribunal de commerce d'une affaire de la compétence des prud'hommes ou réciproquement ; dans l'un et l'autre cas, on intervertit les degrés de juridiction. Il y a même une raison de plus qui confirme cette solution : c'est que les tribunaux de commerce et les conseils de prud'hommes sont des juridictions d'exception et qu'en soumettant aux uns les affaires des autres, on viole la troisième règle des lois concernant la compétence absolue.

Troisième règle. — Les lois de la compétence absolue déterminent quels sont les tribunaux de droit commun, quels sont les tribunaux d'exception. Les premiers, on s'en souvient, sont de deux sortes: tribunaux d'arrondissement et cours d'appel ; les seconds de quatre sortes : juges de paix, conseils de prud'hommes, tribunaux de commerce, Cour de cassation. On admet sans difficulté, comme principe général, qu'une juridiction d'exception ne peut connaître que des affaires qui lui sont expressément attribuées par la loi ; si elle est saisie d'une autre contestation, il y a incompétence absolue. Tel serait le cas où une affaire civile serait portée devant un tribunal de commerce (1). L'incompétence étant absolue pourrait sans aucun doute être proposée pour la première fois devant la cour d'appel ; mais serait-il encore permis, si elle avait été omise en cour d'appel, de la faire valoir devant la Cour de cassation ? La jurisprudence se prononce pour la négative et en donne pour raison que la cour d'appel étant le second degré de juridiction des affaires commerciales, l'incompétence du tribunal de commerce a été couverte par la compétence de la cour d'appel. Sans doute, le premier degré de juridiction n'a pas été subi et dès lors la cour d'appel était à ce point de vue elle-même incompétente ; mais cette incompétence, on s'en souvient, étant purement relative, d'après la jurisprudence, a été couverte par le silence des parties (2).

Si l'on admet toutefois avec nous que le second degré de juridiction est incompétent d'une manière absolue tant que le premier n'a pas été saisi et n'a pas jugé, il faut préférer la solution contraire : le tribunal de commerce était incompétent d'une manière absolue, parce qu'il s'agissait d'une affaire civile ; la cour d'appel était, de son côté, frappée d'une incompétence de cette nature, parce qu'on n'avait pas passé par le premier degré de juridiction compétent avant d'arriver devant elle, et dès lors ces deux incompétences, n'ayant jamais été couvertes, peuvent être proposées pour la première fois devant la Cour de cassation.

Par exception, cependant, lorsqu'il s'agit d'un billet à ordre qui ne contient que des signatures d'individus non négociants et qui n'a pas été fait pour un acte de commerce, quoique le procès soit civil, la loi décide que, dans ce cas, l'incompétence du tribunal de commerce est relative et non pas absolue (art. 636 C. com.). D'autres lois vont plus loin et donnent encore compétence aux tribunaux de commerce : pour les actions intentées contre les facteurs et commis de commerçants, à raison du fait de la personne qui les emploie, bien que ces agents ne soient pas commerçants et que s'ils font

(1) Civ. cass., 4 juillet 1888, D. P. 89, 1, 100 ; Lyon, 31 juillet 1890, D. P. 90, 2, 237 ; Rennes, 28 avril 1892, D. P. 93, 2, 95.

(2) Cass., 15 avril 1878, S. 79, 1, 250 ; Cass., 14 août 1882 et 15 novembre 1882, S. 83, 1, 145 ; req., 10 février 1885, S. 85, 1, 303.

des actes de commerce ce ne soit pas en leur propre nom, mais au nom de leur patron (art. 634 C. com) ; pour les actions relatives aux obligations contractées par les comptables de deniers publics, lesquelles sont, jusqu'à preuve contraire, présumées souscrites à raison de leur gestion, encore que ces comptables ne soient pas commerçants et que leurs obligations puissent revêtir une forme civile (art. 638 C. com.); pour les contestations dont la cause se trouve dans la faillite, qui ne se seraient pas produites sans elle et dont quelques-unes étant civiles par leur nature devraient, d'après le droit commun, échapper à la compétence des tribunaux de commerce (art. 635 C. com).

Par réciprocité, il arrive parfois que la loi donne compétence aux tribunaux civils pour juger des affaires commerciales. Les lois du 25 juillet 1844 (art. 34) et du 23 juin 1857 (art. 16) leur attribuent la connaissance des actions civiles relatives à la contrefaçon des inventions brevetées et des marques de fabrique ou de commerce.

En l'absence d'un texte de ce genre, le tribunal civil est incompétent pour connaître d'une affaire commerciale. Mais ici se pose encore une fois la question de savoir si l'incompétence est absolue ou relative. On a assez longtemps soutenu que le tribunal d'arrondissement est incompétent d'une manière absolue pour connaître des affaires commerciales; c'était la loi antérieure au Code de procédure (1). La Cour de cassation avait, il est vrai, proposé un article en sens contraire, mais il a été repoussé, ce qui implique bien de la part du législateur l'intention de maintenir la loi antérieure. L'intérêt public exige en effet que les affaires commerciales soient soumises à des juges qui ont les connaissances spéciales nécessaires pour les résoudre. Sans doute, on reconnaît aux tribunaux d'arrondissement plénitude de juridiction, mais en ce sens qu'ils sont compétents pour toutes les affaires qui ne leur sont pas formellement retirées par la loi ; or la loi leur enlève les procès commerciaux, excepté dans les arrondissements où il n'a pas été créé de tribunaux de commerce.

Cette interprétation est cependant aujourd'hui abandonnée. La doctrine et la jurisprudence décident sans difficulté que l'incompétence des tribunaux d'arrondissement pour connaître des affaires commerciales est purement relative; elle peut donc se couvrir par le consentement même tacite des parties. Cette solution offre un intérêt pratique considérable pour les plaideurs qui peuvent être amenés par des raisons très diverses, par exemple à cause de l'éloignement du tribunal de commerce qui ne siège pas dans leur ville, à préférer le tribunal civil. On ne voit pas d'ailleurs quelle est la loi de compétence absolue qui serait violée, car les tribunaux d'arrondissement et les tribunaux de commerce sont des juridictions du même ordre et du même degré. Ce qui oblige à déclarer le tribunal de commerce incompétent d'une manière absolue pour les affaires civiles, c'est sa nature de juridiction exceptionnelle. Mais cette raison n'existe pas pour le tribunal civil à l'égard des affaires commerciales, puisqu'il est juridiction

(1) Pothier, *Traité de procédure civile*, 1re part., chap. II, sect. 4, § 2 (loi des 16-24 août 1790, tit. IV, art. 4).

de droit commun. Il y a plus : la loi elle-même attribue toutes les affaires commerciales aux tribunaux civils dans les arrondissements où le gouvernement n'a pas créé de tribunaux de commerce ; elle n'aurait certainement pas consacré cette solution, si elle estimait que l'ordre public est intéressé à ce que les affaires commerciales soient jugées par des commerçants. D'ailleurs, le tribunal civil saisi d'une affaire commerciale la jugera avec les formes établies pour les tribunaux de commerce. Enfin le système de l'incompétence absolue produit des conséquences si désastreuses qu'on ne saurait songer à l'introduire dans la pratique. Cette incompétence pourrait être proposée pour la première fois devant la Cour de cassation après que l'affaire aurait été déjà jugée par le tribunal civil et par la cour d'appel. On remarquera, en effet, que, dans ces circonstances, la cour d'appel est elle-même incompétente, quoiqu'elle soit de droit commun le juge du second degré des affaires commerciales, parce que le premier degré de juridiction, le tribunal de commerce, n'a pas été saisi. Que doit alors faire la Cour de cassation ? Casser l'arrêt de la cour d'appel et renvoyer devant une autre cour d'appel. Mais celle-ci ne peut pas plus juger que la première ; elle se déclarera donc incompétente, comme aurait dû le faire la première cour d'appel, de sorte qu'ensuite seulement les parties finiront par arriver au tribunal de commerce qu'elles ont eu le tort de ne pas saisir au début. On avouera que de semblables résultats sont bien contraires à l'esprit de la loi qui tient à soumettre les affaires commerciales à des formes rapides et peu coûteuses (1).

C'est ici le lieu de rechercher d'une manière plus précise quelles sont les affaires qui doivent être portées devant les tribunaux de commerce. Ce sont d'une manière générale tous les procès qui naissent des actes de commerce, peu importe que ces actes de commerce aient été faits par des commerçants ou par des non-commerçants. On admet très généralement l'existence de trois sortes d'actes de commerce. La loi donne d'abord ce caractère à tous les actes de spéculation sur les meubles, où l'on traite plutôt comme intermédiaire que pour son propre compte. Ces actes commerciaux de la première classe peuvent être faits même par des non commerçants qui deviennent alors justiciables des tribunaux de commerce comme les commerçants. Mais notre loi, par suite d'une anomalie étrange, qui tient certainement à l'influence de notre ancien droit, n'admet pas que le commerce puisse porter sur les immeubles, de sorte que même les actes de spéculation sur ces biens sont des actes civils (2) et que les sociétés constituées en vue de spéculer sur les immeubles sont de même nature, à moins qu'elles n'aient

(1) Voy. dans le sens de l'incompétence relative : Req., 15 mai 1876, S. 76, 2, 305 ; civ. cass., 4 juillet 1888, D. P. 89, 1, 100 ; Rennes, 28 avril 1892, D. P. 93, 2, 95 ; Grenoble, 9 août 1892, D. P. 93, 2, 29 ; req., 19 février 1894, D. P. 94, 1, 220 et ma note au D. P. 84, 2, 167, sous Bruxelles, 7 février 1883. Cet arrêt de la Cour de Bruxelles a adopté une troisième solution. Le tribunal civil serait incompétent d'une manière absolue, s'il s'agissait d'un acte commercial par lui-même ; d'une manière relative, si l'acte n'était commercial qu'à raison de la personne. Nous avons réfuté cette distinction dans la note sous cet arrêt qui n'a jamais fait jurisprudence.

(2) *Contra*, Aix, 23 juillet 1881, S. 83, 2, 35.

été formées par actions (1). Nous placerons dans la première classe des actes de commerce les spéculations sur les marchandises, sur certains louages d'ouvrage, sur les capitaux, sur les transports, etc. (voy. art. 631 C. com.).

Dans la seconde classe, on range les actes des commerçants relatifs à leur commerce, en vertu de ce que l'on appelle la *théorie de l'accessoire.* Les actes de cette seconde classe ne peuvent être faits que par des commerçants : ils sont commerciaux, parce qu'ils forment l'accessoire d'un autre acte de commerce ou de l'exercice de la profession. Ils peuvent aussi bien naître d'un contrat que d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit. La gestion d'affaires d'une maison de commerce ou le paiement indu de ce qu'on croit être une dette commerciale par un commerçant sont des actes de commerce en vertu de la théorie de l'accessoire. L'agence commerciale qui donne de faux renseignements sur la solvabilité d'un commerçant, le marchand qui se permet des actes de concurrence déloyale, commettent des délits civils qui sont des actes de commerce, en vertu du même principe (2). On s'est demandé si l'achat d'un immeuble par un commerçant pour l'usage de son commerce ne constitue pas un acte commercial, en vertu de la théorie de l'accessoire, et cette solution compte en effet des partisans ; mais nous préférons la repousser, parce que le commerce ne peut pas porter sur des immeubles et que dès lors un acte qui ne saurait être commercial principalement ne saurait le devenir accessoirement. Les affaires de contrefaçon devraient au contraire être de la compétence des tribunaux de commerce, mais on a déjà vu que la loi du 23 juin 1857 les leur a retirées pour les attribuer aux tribunaux civils.

Les actes de commerce de la troisième classe sont ceux auxquels la loi a elle-même et directement attribué ce caractère, sans rechercher quelle a pu être l'intention de leurs auteurs. Telle est la lettre de change. Cet acte est toujours commercial, même s'il est fait par un non-commerçant et dans un but de libéralité, ce qui est le contraire de la spéculation.

Certains actes peuvent être à la fois civils et commerciaux, c'est-à-dire d'une nature mixte ; par exemple le traité qui intervient entre un directeur de théâtre et un artiste, est commercial de la part du premier et civil de la part du second (3) ; de même, le mandat donné par un commerçant à un agréé de le représenter devant le tribunal de commerce, est civil de la part de l'agréé et commercial de la part du commerçant en vertu de la théorie de l'accessoire (4). Mais ce mandat serait civil pour les deux parties s'il était donné par un non-commerçant, même à l'occasion d'un acte de commerce, parce que la théorie de l'accessoire ne pourrait plus s'appliquer. Le contrat d'assurance demande des distinctions beaucoup plus délicates. L'assurance maritime est toujours un contrat commercial de la part des deux parties,

(1) Depuis la loi du 1er août 1893 toutes les sociétée par actions sont commerciales ou réputées telles.

(2) Req. 5 août 1875, S. 77, 1, 347 ; req., 20 novembre 1896, S. 78, 1, 464 ; civ. cass., 11 juillet 1877, S. 77, 1, 468 ; req., 28 janvier 1878, S. 79, 1, 289 ; Paris, 18 juillet 1877, S. 78, 2, 241 ; req., 14 février 1882, S. 84, 1, 215.

(3) Civ. cass., 8 décembre 1875, S. 76, 1, 25.

(4) Douai, 4 janvier 1882 et Paris, 10 février 1883, S. 83, 2, 197.

et cela par la volonté directe de la loi (art. 636 C. com.). L'assurance terrestre, au contraire, relève du droit commun : s'il s'agit d'une assurance mutuelle, le contrat est civil, car les parties, loin de spéculer, entendent se mettre à l'abri de tout risque. L'assurance à prime qui intervient entre l'assureur (le plus souvent une compagnie d'assurance) et l'assuré qui n'est pas commerçant, est un contrat mixte : commercial de la part de l'assureur qui spécule et qui joue le rôle d'intermédiaire, en ce sens qu'il se substitue à l'assuré pour le cas où le dommage se réaliserait; civil pour l'assuré, qui essaie de se protéger contre tout risque (1). Cependant ce contrat deviendrait commercial, même pour l'assuré, s'il était passé par un commerçant au sujet de son commerce; ce serait une nouvelle application de la théorie de l'accessoire.

Toutes les fois qu'un acte est à la fois civil et commercial, à quelle juridiction faut-il s'adresser s'il donne naissance à un procès? Au tribunal civil ou au tribunal de commerce? Bien des solutions ont été proposées (2). Les uns se sont prononcés pour la juridiction commerciale à cause de la faveur et des privilèges que la loi accorde toujours au commerce; à leur avis, le caractère commercial doit l'emporter sur le caractère civil et c'est en effet la solution à laquelle s'est arrêtée le Code de procédure italien (art. 870). D'autres, au contraire, pensent qu'ici comme en toute autre circonstance, le caractère civil doit l'emporter, car il forme le droit commun, tandis que le droit commercial est d'une nature exceptionnelle. On ajoute que la compétence commerciale ne peut être admise qu'en vertu d'un texte et ce texte n'existe pas, puisque notre Code garde le silence sur la question.

La jurisprudence s'est arrêtée à un troisième système. Elle distingue suivant que l'acte est civil ou commercial pour le défendeur : l'acte est-il civil de la part du défendeur, il faudra saisir le tribunal civil; l'acte est-il commercial de sa part, le demandeur pourra sans doute s'adresser au tribunal de commerce qui est le juge naturel du défendeur, mais il n'y est pas obligé et il peut, s'il le préfère, saisir le tribunal civil parce que, dit-on, le défendeur, en donnant à l'acte qu'il a passé un caractère commercial, de son côté, n'a pas pu priver le demandeur, qui faisait un acte civil, du bénéfice de la juridiction du droit commun. Cette solution est pourtant contraire à l'esprit général de notre loi ; nous avons déjà vu et nous verrons encore que lorsqu'il s'est agi pour le législateur de choisir entre le tribunal du demandeur et le tribunal du défendeur, il a toujours préféré le second au premier et c'est ce qu'exprime bien nettement la formule fondamentale : *Actor sequitur forum rei*. C'est aussi cette règle qu'il faut appliquer ici. On devra donc rechercher, pour déterminer la compétence, si l'acte est civil ou commercial de la part du défendeur; dans le premier cas, on donnera compétence au tribunal civil et dans le second au tribunal de commerce. C'est également à cette solution que s'est arrêté le nouveau Code de procédure belge (art. 13).

La règle posée par la jurisprudence en matière de contrat mixte a amené à décider qu'en cas de contestation entre un patron et son ouvrier, le contrat

(1) Civ. cass., 5 février 1894, D. P. 94, 1, 34.

(2) Voy. sur cette question la note que j'ai insérée au D. P. sous Aix, 15 janvier 1884, D. P. 85, 2, 49.

étant commercial de la part du patron et civil de la part de l'ouvrier, celui-ci a, comme demandeur, le choix entre le tribunal de commerce et le conseil de prud'hommes ou, à son défaut, le juge de paix (1). Cette solution doit être écartée sans hésitation. Pour trancher cette question, il faut se rappeler que les tribunaux d'exception sont toujours incompétents d'une manière absolue pour connaître des affaires qui ne leur sont pas attribuées par la loi elle-même. Or, pour les contestations entre patrons et ouvriers, la loi ne donne compétence qu'au conseil de prud'hommes ou à son défaut au juge de paix, sans s'occuper de la nature du contrat (2). Le tribunal de commerce n'en peut connaître que comme juge d'appel du conseil de prud'hommes ; en dehors de ce cas, il est incompétent d'une manière absolue.

Notre troisième règle conduit aussi à dire qu'il y a incompétence absolue lorsqu'on porte devant le conseil de prud'hommes une affaire qui devrait être déférée au juge de paix ou réciproquement. Cette question ne peut évidemment se présenter que dans les cantons où ces deux juridictions existent; dans les autres cantons, en effet, la loi du 25 mai 1838, article 5, donne formellement compétence au juge de paix, avec cette particularité qu'il ne statue sans appel que jusqu'à 100 francs de principal et à charge d'appel au tribunal d'arrondissement au delà de cette somme. On a conclu de là que l'incompétence du juge de paix pour les affaires attribuées aux prud'hommes dans les cantons où ils existent est purement relative (3), tout en admettant que l'incompétence des conseils de prud'hommes pour les affaires des juges de paix est absolue. Si la loi elle-même, a-t-on dit, donne compétence aux juges de paix en l'absence de conseils de prud'hommes pour connaître des contestations entre patrons et ouvriers, c'est précisément parce que l'ordre public n'est pas intéressé à ce que les conseils de prud'hommes jugent seuls ces affaires et il n'y a dès lors pour les juges de paix qu'une incompétence relative. Pour prouver que les tribunaux civils d'arrondissement ne sont incompétents que d'une manière relative en matière commerciale, on fait remarquer que les tribunaux d'arrondissement jugent les affaires commerciales dans les arrondissements où il n'existe pas de tribunal de commerce. Ne peut-on pas raisonner ici de la même manière? On l'a dit, mais à tort selon nous, parce qu'il existe une différence essentielle entre les tribunaux d'arrondissement et les juges de paix ; les premiers sont des juges de droit commun et les seconds des juges d'exception, et ceux-ci sont incompétents d'une manière absolue pour statuer sur les affaires que la loi ne leur attribue pas directement (4).

Quatrième règle. — Dans certains cas, d'ailleurs assez rares, le législateur

(1) Civ. cass., 30 novembre 1897, D. P. 98, 1, 327.

(2) On remarquera toutefois que le conseil de prud'hommes juge ces contestations sans appel jusqu'à 200 francs de capital et à charge d'appel au delà de cette somme, tandis que le juge de paix n'en connaît sans appel que jusqu'à 100 francs de principal, et au delà de cette somme à charge d'appel au tribunal d'arrondissement (loi du 1er juin 1853, art. 13 et loi du 25 mai 1838, art. 5).

(3) Req., 28 mai 1894, D. P. 95, 1, 14.

(4) Voy. dans notre sens civ. cass., 16 janvier 1883, S. 83, 1, 263 ; civ. cass., 5 mai 1896, D. P. 96, 1, 578 ; en sens contraire, req. 28 mai 1894, D. P. 95, 1, 94.

attribue à tel tribunal déterminé, à l'exclusion de tous autres, quoiqu'ils soient du même ordre, du même degré et de la même nature, par des raisons d'ordre public, certaines affaires spéciales et, dans ces circonstances, ces autres tribunaux, quoique identiques à celui désigné par la loi, sont incompétents d'une manière absolue.

Nous pouvons prendre comme exemple la disposition importante de l'article 60 du Code de procédure ainsi conçu : « Les demandes formées pour frais par les officiers ministériels seront portées au tribunal où les frais ont été faits. » Cette disposition repose sur deux motifs principaux : si les officiers ministériels étaient obligés de se soumettre à la règle ordinaire et d'assigner leurs clients devant le tribunal de leur domicile, ils pourraient être obligés à de fréquents déplacements. Ce motif n'est pas le seul, car si l'article 60 du Code de procédure n'avait pas d'autre cause, il ne serait établi que dans l'intérêt personnel des officiers ministériels ; ceux-ci pourraient donc y renoncer et agir devant le tribunal de leurs clients, parce que l'incompétence serait purement relative ; mais notre article est aussi fondé sur une raison d'ordre public. Il a encore pour objet d'assurer le droit de surveillance et le pouvoir disciplinaire des tribunaux sur les officiers ministériels établis auprès d'eux. C'est ce qui oblige à décider que tous tribunaux autres que celui où les frais ont été faits, sont incompétents d'une manière absolue.

Cette disposition de l'article 60 du Code de procédure apporte parfois des dérogations remarquables au droit commun. En premier lieu, elle écarte la règle ordinaire qui donne compétence au tribunal du défendeur ; ici c'est le tribunal du demandeur qui devient compétent. Mais parfois l'article 60 du Code de procédure apporte aussi des dérogations à la règle ordinaire sur les degrés de juridiction. Ainsi, il conduit à dire que l'avoué d'appel, ayant fait ses frais devant la Cour, doit agir directement devant cette même Cour qui devient, dans ce cas, juridiction en premier et dernier ressort. Il faut encore aller plus loin et reconnaître compétence à la Cour de cassation qui devient une juridiction ordinaire, jugeant à la fois en fait et en droit pour les procès naissant des frais faits devant elle, le plus souvent par ses avocats (1).

La disposition de l'article 60 étant d'une nature exceptionnelle, doit s'interpréter d'une manière restrictive, mais sa rédaction, souvent insuffisante, a été la cause de controverses.

On admet sans difficulté que l'article 60 du Code de procédure s'applique

(1) Ces affaires sont très rares à la Cour de cassation. A la chambre des requêtes, où il n'existe pas de défendeur, s'il y a arrêt de rejet, le demandeur n'a plus à passer que l'enregistrement de l'arrêt, car les autres frais ont déjà été acquittés auparavant. A la chambre civile et à la chambre criminelle, l'arrêt contient liquidation des dépens. Enfin, les avocats de la Cour de cassation s'interdisent, comme les avocats à la Cour d'appel, de réclamer leurs honoraires en justice, mais on n'en doit pas moins constater que, s'ils voulaient agir, ils devraient en saisir la Cour de cassation. Ce qui arrive parfois, mais très rarement, c'est le fait d'un client mécontent de demander la restitution d'une partie de la provision qu'il avait versée à l'avance à titre d'honoraires. Si le conseil de l'ordre ne parvient pas à concilier les parties, la Cour de cassation statue encore et en chambre du conseil, bien qu'ici l'action soit intentée par le client contre l'avocat et non par l'avocat contre le client.

aux frais faits par les avoués, par les huissiers, par les greffiers (1) devant les tribunaux d'arrondissement ou les cours d'appel. Au contraire les mandataires ordinaires (2), les avocats (3), les agréés (4), les arbitres ordinaires ou rapporteurs (5) n'en peuvent pas profiter, car ils ne sont pas officiers ministériels ; ils doivent donc agir en paiement de leurs frais ou honoraires devant le tribunal du domicile de leur client.

On s'est souvent demandé si l'article 60 peut être invoqué par les notaires et on en a autrefois douté parce que cet article ne parle que des frais faits devant un tribunal, c'est-à-dire des frais judiciaires, ce qui semblerait exclure les frais extrajudiciaires. Cette solution est cependant contraire à l'esprit de la loi qui est de soumettre tous les officiers ministériels au droit de surveillance du tribunal auprès duquel ils exercent, sans distiction entre les frais judiciaires et les frais extrajudiciaires. Les termes : « Au tribunal où les frais ont été faits », peuvent à la rigueur signifier : au tribunal dans le ressort duquel l'acte a été passé. Cette solution, confirmée par d'autres textes de loi, est définitivement adoptée par la jurisprudence et la controverse est même devenue impossible depuis la loi du 5 août 1881 (6).

Il va sans dire qu'avec cette interprétation il faut aussi faire profiter les commissaires priseurs du bénéfice de l'article 60 (7). Enfin cette compétence spéciale s'applique également à l'officier ministériel qui a cessé ses fonctions ou à ses héritiers. La compétence de l'article 60 subsiste encore, même si le client a reconnu sa dette par un billet ou s'il a fait novation, car les actes des particuliers ne peuvent pas déroger à des lois d'ordre public.

Mais lorsqu'il s'agira de frais faits par un huissier devant un tribunal de commerce ou devant un juge de paix, faudra-t-il donner compétence à cette juridiction ? On pourrait le soutenir en se fondant sur le texte même de l'article 60 qui parle du tribunal où les faits ont été faits. Une pareille interprétation conduirait cependant à une solution contraire à l'esprit de la loi. Celle-ci, il ne faut jamais l'oublier, a voulu assurer le droit de surveillance des tribunaux d'arrondissement et des cours d'appel sur les officiers ministériels établis auprès d'eux. Or les tribunaux de commerce et les juges de paix n'ont aucun pouvoir de cette nature, de sorte que si on les déclarait compétents pour les frais faits devant eux, les officiers ministériels échapperaient dans ces cas, en réalité, à toute surveillance. Ajoutons que les questions de frais sont purement civiles et doivent, par cette raison aussi,

(1) Voy. *Code de procédure civile annoté*, n° 17 et Civ. cass., 26 novembre 1889 D. P. 90, 1, 101.

(2) Il peut arriver que ce soit un avoué qui ait joué ce rôle de mandataire ordinaire et alors, comme il n'agit plus en qualité d'avoué, il perd le bénéfice de l'art. 60. Cass., 19 novembre 1884, D. P. 85, 1, 308.

(3) Poitiers, 21 janvier 1879, D. P. 79, 2, 95 ; Req., 27 février 1883, D. P. 84, 1, 69.

(4) Voy. la jurisprudence dans le *Code de procédure annoté*, sous l'art. 60, n° 73.

(5) Voy. la jurisprudence dans le *Code de procédure civile annoté*, sous l'art. 60, n° 41 ; Civ. cass., 26 décembre 1859, D. P. 60, 1, 29.

(6) Arg. loi 25 ventôse an XI, art. 51 et 173 du tarif civil. Voy. la jurisprudence au *Code de procédure civile annoté* sous l'art. 60, n° 32. On applique l'art. 60, non seulement aux frais, mais même aux honoraires des notaires : Trib. de Louviers, 21 décembre 1882, D. P. 84, 3, 127 ; Dijon, 3 janvier 1884, D. P. 85, 2223.

(7) Voy. *Code de procédure civile annoté*, sous l'art. 60, n° 26.

échapper aux tribunaux de commerce. Ce motif, il est vrai, ne s'applique plus aux frais faits devant les juges de paix et on a proposé de décider qu'ils pourraient connaître de ces contestations, tout au moins dans les cas où les frais faits devant eux ne dépasseraient pas 200 francs. Mais il faut encore écarter cette solution en vertu de la raison déjà donnée, à savoir que les juges de paix n'ont aucun pouvoir de discipline ou autre sur les huissiers (1).

## § 27. — Théorie des actions.

A. *Généralités.* — L'action est le droit reconnu à toute personne de réclamer en justice ce qui lui appartient ou ce qui lui est dû. Elle est la sanction d'un autre droit, soit d'un droit réel, propriété, usufruit, servitude ou autre, soit d'un droit personnel ou de créance. Cette théorie des actions s'est singulièrement simplifiée depuis que tout formalisme a en général disparu, que l'équité a été conciliée avec le droit et que la justice a été déclarée ouverte à tous. Sous ce rapport, notre législation est bien différente du droit romain qui, loin d'être ici la base de notre droit comme en matière d'obligation, présente avec lui un frappant contraste.

A Rome, les actions avaient des noms spéciaux; chez nous, elles n'en portent pas, du moins en matière personnelle. A Rome, elles étaient limitativement déterminées, comme chez nous les voies de recours contre les jugements; en droit français, le nombre des actions réelles est aussi limité, mais celui des actions personnelles ne l'est pas. Les Romains distinguaient entre les actions de droit strict et les actions de bonne foi, les actions *in factum* et les actions *in jus*; il y avait des actions au simple, au double, au quadruple. Tout cela a disparu : toutes les actions sont de bonne foi et elles ont perdu le caractère pénal qu'on donnait à Rome à certaines d'entre elles.

Aussi est-il fâcheux qu'aucune disposition du Code ne consacre le nouveau système des actions. Quand le projet de Code de procédure fut communiqué au Tribunat, plusieurs membres de ce corps demandèrent que quelques articles fussent consacrés aux actions en tête du Code ou au titre des ajournements; on répondit qu'il s'agissait là de questions de doctrine et il ne fut pas donné suite à cette observation.

Il ne faut pas confondre l'action avec le droit qu'elle garantit ni avec la demande ou poursuite en justice. Celle-ci n'est autre chose que l'exercice de l'action. Le législateur lui-même commet parfois cette confusion dans certains articles (voy. art. 426 C. pr.), bien qu'il l'évite dans d'autres (voy. par exemple l'art. 401). Quoique l'action soit un droit, elle se distingue cependant très nettement de celui qu'elle sanctionne. D'un autre côté, si toute action suppose un droit qu'elle garantit, il y a cependant parfois des droits qui ne sont pas pourvus d'actions. Nous citerons à titre d'exemple les créances naturelles. Ces créances, fort rares aujourd'hui, produisent sans doute certains effets civils et, par exemple, elles peuvent être valablement payées, pourvu que le débiteur les acquitte volontairement, c'est-à-dire sachant qu'il ne

(1) Voy. *Jur. gén.*, *Suppl.*, vº *Compétence civile du trib. d'arrond.* Civ. cass., 26 novembre 1889, D. P. 90, 1, 101, note 1.

peut pas être contraint à les payer (art. 1235 C. civ.); elles peuvent être garanties par des sûretés telles que des cautions ou des hypothèques; elles peuvent servir de base à une novation; mais la loi leur refuse l'action en justice. Comme exemples de créances naturelles, nous citerons les créances atteintes par la prescription, celles qui sont annulables pour vice de forme, pour incapacité, pour erreur, dol ou violence.

Dans d'autres cas, le droit et l'action existent, mais la jouissance appartient à une personne et l'exercice à telle autre. C'est ce que nous verrons en nous occupant des incapables.

L'action étant la garantie d'un droit, présente nécessairement, par cela même, les plus grandes affinités avec ce droit et en prend la nature. Toute action est indissolublement attachée au droit qu'elle sanctionne : elle ne peut pas être aliénée, saisie, hypothéquée sans lui et elle s'éteint nécessairement avec lui. L'action a aussi la même nature que le droit auquel elle se rattache : elle sera donc réelle ou personnelle, mobilière ou immobilière, divisible ou indivisible, cessible avec le droit ou non, attachée à la personne ou transmissible, activement ou passivement, aux héritiers ou contre eux, suivant que le droit aura telle ou telle nature.

L'action fait, en principe, obtenir l'objet du droit. Il n'en était pas ainsi à Rome sous le régime formulaire où toute condamnation était pécuniaire. Aujourd'hui, dans des cas très rares, l'action ne procure pas non plus l'objet du droit. C'est ce qui se produit en premier lieu, lorsqu'il s'agit d'une créance alternative avec choix pour le créancier. Celui-ci a en effet droit à deux ou plusieurs objets, mais cependant n'en peut réclamer qu'un seul, parce que le débiteur s'acquitte complètement par le paiement de l'un d'eux. Ordinairement, et de droit commun, le choix appartient au débiteur et dans ces circonstances, précisément pour laisser ce choix au débiteur, le créancier doit demander à la fois tous les objets, de telle sorte qu'alors l'action porte bien sur les mêmes objets que le droit. Il en est autrement, si, par exception, il a été convenu que le choix serait réservé au créancier. Celui-ci doit alors exercer son choix au moment même où il fait son option; il ne réclame donc qu'un objet, quoique le droit porte sur plusieurs et c'est alors qu'il est vrai de dire que l'action ne correspond plus directement au droit.

En second lieu, quand l'exécution de l'obligation est devenue impossible par la faute du débiteur, il ne peut plus être question que de dommages-intérêts et l'action ne fait pas non plus obtenir l'objet du droit.

Il en est de même, en troisième lieu, s'il s'agit d'une obligation de ne pas faire qui a été transgressée.

Enfin, en dernier lieu, l'obligation porte parfois sur un fait essentiellement personnel à celui qui l'a promis, comme, par exemple, l'exécution d'une œuvre d'art; si le débiteur n'accomplit pas son obligation, comme on ne peut pas faire exécuter l'œuvre par une autre personne, il ne saurait être question que de dommages-intérêts.

B. *Qui peut agir?* — Pour qu'une personne puisse intenter une action, quatre conditions sont nécessaires : il faut que cette personne y ait intérêt; qu'il s'agisse d'un droit muni d'une action; que cette personne ait qualité pour l'exercer; qu'elle ait la capacité prescrite par la loi.

*Première condition.* — Pour pouvoir agir, il faut y avoir intérêt, d'où la formule usuellement employée au palais : « Pas d'intérêt, pas d'actions » ou encore : « L'intérêt est la mesure des actions. » Mais dès qu'un droit est atteint ou même menacé, la faculté d'agir existe et c'est même un devoir, en ce sens qu'on ne peut pas se rendre justice à soi-même, sauf en cas de légitime défense (art. 328 C. pén.). Autrefois l'article 672 du Code civil permettait à tout propriétaire de couper les racines des arbres de l'immeuble voisin qui avançaient sur son héritage ; c'était donc un cas dans lequel il était permis de se rendre justice à soi-même ; la loi du 20 août 1881 l'a supprimé.

L'action suppose un intérêt né et actuel, mais l'intérêt peut être purement moral (1) et le préjudice éventuel (2). L'action civile intentée en cas d'injure ou de diffamation repose sur un intérêt moral et tend à la réparation de l'honneur du demandeur outragé. C'est en vertu du même principe que la jurisprudence assimile la diffamation des morts à celle des vivants et permet aux héritiers d'agir pour obtenir la réparation qui est due à la mémoire du défunt. De même, ces héritiers peuvent contraindre les légataires universels à exécuter les charges qui leur ont été imposées dans l'intérêt de la mémoire du défunt (3). Dans tous ces cas, l'intérêt du demandeur est purement moral. Nous verrons aussi plus loin que celui qui intente une action en vérification d'écritures ou qui demande une expertise en référé, n'agit parfois qu'en vue d'un préjudice éventuel. Mais si le demandeur n'a aucun intérêt et, par cela même, n'est menacé d'aucun préjudice, son action peut être repoussée par une fin de non recevoir que le défendeur a le droit de faire valoir en tout état de cause ; tel est le cas où un créancier demande la nullité d'un paiement qu'il a reçu, sans pouvoir profiter de cette nullité ; tel serait encore le cas où un créancier hypothécaire demanderait la nullité d'un ordre, alors qu'il est absolument certain qu'il ne pourra pas arriver en rang utile.

Mais, le plus souvent, on a un intérêt multiple à agir en justice et l'action intentée produit des effets aussi importants que variés. Il n'est pas inutile de les relever. Avant tout, il est nécessaire d'agir en justice toutes les fois qu'un droit est injustement atteint ou contesté ; le procès devient inévitable, si l'on veut faire respecter son droit. Parfois cependant l'adversaire ne conteste pas et alors il est nécessaire d'agir contre lui pour obtenir un jugement, c'est-à-dire un titre exécutoire. En effet, un créancier qui n'est pas spontanément payé par son débiteur, bien que celui-ci ne soulève aucune contestation, ne peut faire saisir et vendre ses biens qu'autant qu'il possède un titre exécutoire, c'est-à-dire que la créance est constatée par un acte notarié ou par un jugement. Si donc le créancier ne possède ni l'un ni l'autre de ces titres, il faut bien qu'il agisse en justice pour obtenir un jugement qui lui permettra de recourir aux voies d'exécution forcée.

Le jugement a aussi l'avantage de procurer une hypothèque judiciaire toutes les fois qu'il constate une créance (art. 2123 C. civ.).

(1) Paris, 9 avril 1897, D. P. 99, 2, 244.

(2) Mais un intérêt purement éventuel ne saurait servir de base à une action, Douai, 15 décembre 1898, D. P. 1900, 2, 420.

(3) Aix, 11 mars 1858, *Jur. gén.*, v° *Action*, n° 214.

L'action en justice est aussi un des moyens de faire courir les intérêts moratoires et d'interrompre la prescription. A ce point de vue, elle est fort utile au créancier, même muni d'un acte notarié, qui possède cependant déjà un titre revêtu de la formule exécutoire. Jusque dans ces derniers temps, l'action en justice était le seul moyen de faire courir les intérêts moratoires des dettes de sommes d'argent. Mais cette règle de l'article 1153 vient, comme plusieurs autres du même article, d'être modifiée par une loi du 7 avril 1900, qui assimile la simple sommation à la demande en justice.

Bien qu'en général un créancier ait plusieurs moyens à sa disposition pour interrompre une prescription, cependant l'action en justice est le seul que la loi mette à sa disposition en matière de reconnaissance de servitude et de déclaration d'hypothèque. La loi veut, en effet, que la prescription coure au profit de l'immeuble servant contre l'immeuble dominant, bien que le propriétaire de celui-ci se trouve dans l'impossibilité d'exercer la servitude (art. 704 C. civ.). Mais il peut empêcher cette prescription de s'accomplir en obtenant du propriétaire du fond servant une reconnaissance volontaire de la servitude ou, en cas de refus, en agissant en justice pour obtenir un jugement qui tiendra lieu de cette reconnaissance. De même, le tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué prescrit l'extinction de l'hypothèque, bien que la créance soit encore à terme ou sous condition ; mais à défaut d'action en paiement et de reconnaissance volontaire de l'hypothèque de la part du tiers acquéreur, le créancier peut agir contre celui-ci en déclaration d'hypothèque.

Enfin, on a encore intérêt à agir en justice pour obtenir dès maintenant une preuve de son droit et sans requérir actuellement une condamnation, quant au fond, lorsqu'on a de justes raisons de craindre que certains moyens de preuve ne disparaissent dans l'avenir. Le propriétaire menacé dans la paisible jouissance de son immeuble par des travaux entrepris sur le fond voisin, peut demander une expertise pour constater l'état actuel des lieux et préparer ainsi la preuve de son droit à des dommages-intérêts pour le cas où le préjudice qu'il redoute se réaliserait dans la suite. Nous relèverons un autre exemple en étudiant la vérification d'écritures. Mais on ne saurait reconnaître à celui qui craint d'être troublé dans son crédit, dans sa possession d'état, dans la jouissance de ses biens, par des menaces ou jactances proférées par des tiers, le droit d'intenter contre eux une action provocatoire pour les mettre en demeure de justifier leurs allégations, ou pour faire juger qu'il leur sera à tout jamais interdit de les renouveler. Notre loi n'admet pas les actions de cette nature (1) et il ne peut être question que de dommages-intérêts actuels. En sens inverse, on ne saurait reconnaître le droit à une personne d'impartir ou de faire impartir par justice à celui dont elle redoute une demande, un délai passé lequel son titre ou ses moyens seraient de plein droit rejetés ; la loi n'autorise contre les actions et pour leur extinction que la prescription, qui est ordinairement de trente ans (2).

*Deuxième condition.* — Pour pouvoir agir en justice, il faut avoir la jouis-

(1) Orléans, 15 mars 1889, D. P. 89, 2, 188. Voy. la note sous civ. cass., 14 mars 1888, D. P. 88, 1, 417; Douai, 15 décembre 1898, D. P. 1900, 2, 420.
(2) Aix, 7 novembre 1887, S. 88, 2, 150.

sance et l'exercice d'un droit reconnu et sanctionné par la loi. Il est nécessaire aussi que ce droit réel ou personnel soit pur et simple. S'il est à terme ou sous condition, le titulaire de ce droit peut bien faire des actes conservatoires, mais il ne peut pas encore réclamer ce qui lui appartient ou ce qui lui est dû à terme ou sous condition.

*Troisième condition.* — Celui qui agit doit avoir qualité à cet effet. Cette qualité, on la reconnaît tout naturellement au titulaire du droit; à ses héritiers et autres successeurs universels, s'il décède, pourvu qu'ils aient la saisine légale ou aient obtenu la saisine judiciaire; au mandataire pourvu de pouvoirs suffisants, à la condition qu'il ne se présente pas en justice comme agissant en son nom personnel, ce que défend la règle : « Nul en France ne plaide par procureur », dont on donnera l'explication à propos des ajournements. Le créancier d'un débiteur peut aussi exercer ses droits et actions conformément à l'article 1166 du Code civil; ce droit étant une application du gage général du créancier sur le patrimoine de son débiteur, le créancier ne peut pas l'exercer lorsqu'il s'agit de droits qui ne font pas partie du patrimoine, tels que le droit de demander la nullité du mariage, celui de divorcer, etc. (art. 352, 419, 617, 957, 1032, 1980 C. civ.). Certains droits compris dans le patrimoine sont cependant personnels, à ce point qu'on refuse aussi au créancier le droit de les faire valoir, quoiqu'ils aient un intérêt pécuniaire; tel est le droit de présentation à un office.

Pour que le créancier puisse s'emparer du droit de son débiteur, il faut que sa créance soit exigible, qu'il ait mis le débiteur en demeure et, s'il s'agit d'une renonciation, qu'il l'ait au préalable fait révoquer comme entachée de fraude. On s'est demandé si le créancier doit se faire subroger en justice. Il nous paraît certain que le débiteur doit être mis en cause, soit à la demande du créancier, soit à celle du tiers qui défend à l'action, soit sur propre initiative, car autrement si l'action intentée en son nom et en son absence était déclarée valable, il conserverait néanmoins le droit de se faire payer, de céder l'action intentée par son créancier, d'y renoncer ou de l'éteindre de toute autre manière.

*Quatrième condition.* — L'action doit être intentée par une personne capable d'agir en justice. En principe, toute personne jouit de cette capacité qui forme la règle. On reconnaît ce droit même aux personnes civiles, mais il faut le refuser aux réunions qui n'ont pas ce caractère, par exemple, aux congrégations non autorisées (1).

Celui qui a la capacité d'agir, jouit à plus forte raison de celle de se défendre, mais la réciproque n'est pas vraie.

Il y a deux espèces de personnes incapables : les unes ne peuvent pas ester par elles-mêmes en justice, et y sont représentées par des mandataires, le plus souvent par des mandataires légaux : telle est la situation des mineurs non émancipés, des interdits légaux ou judiciaires, des personnes placées dans un établissement d'aliénés. D'autres personnes peuvent agir par elles-mêmes, mais avec l'autorisation et l'assistance d'autrui : le mineur émancipé

(1) Il faut aussi refuser le droit d'agir à toute association qui n'a pas la personnalité civile bien qu'elle soit constituée avec l'approbation de l'État. Voy. en sens contraire, Dijon, 15 mars 1899, D. P. 99, 2, 199.

a besoin de l'assistance de son curateur pour les actions immobilières (art. 482 C. civ.); le pourvu d'un conseil judiciaire doit toujours être assisté de ce conseil; les établissements publics, les communes, les départements, et, d'une manière générale, toutes les personnes placées sous la tutelle administrative se trouvent dans une situation spéciale que déterminent les lois administratives; elles sont représentées en justice par autrui et ont presque toujours besoin de certaines autorisations (1). Par exemple, la commune est représentée par le maire, mais celui-ci, à moins qu'il ne s'agisse d'actions possessoires, ne peut pas agir sans le consentement du conseil municipal et l'autorisation du conseil de préfecture (loi du 5 avril 1884, art. 122).

Quant à la femme mariée, sa situation varie suivant les régimes sous lesquels elle est mariée. Sous le régime dotal et pour sa dot, la femme est représentée par son mari en justice. Il en est de même sous le régime de communauté ou sans communauté pour les actions mobilières et pour les actions possessoires. Quant à la nue propriété de ses immeubles, la femme mariée sous l'un de ces deux régimes agit ou défend elle-même avec l'autorisation de son mari ou de justice. La femme séparée de biens par contrat de mariage ou judiciairement agit ou défend toujours par elle-même, mais a toujours aussi besoin d'être autorisée (2). Toutefois, depuis la loi du 6 février 1893, la femme séparée à la fois de corps et de biens a recouvré la pleine capacité civile et peut, par cela même, ester en justice sans aucune autorisation.

La nullité, résultant de ce qu'une femme mariée a plaidé sans autorisation, est de pur intérêt privé et ne peut être invoquée que par les personnes que détermine l'article 225 du Code civil (3). Mais lorsqu'un créancier d'une femme mariée veut exercer les droits de cette femme qui est sa débitrice, et, par exemple, intenter une demande en partage ou en licitation, ce créancier n'a pas besoin de demander au mari l'autorisation de le poursuivre (4). De même, l'autorisation du conseil de famille est inutile au créancier qui veut exercer, aux lieu et place d'un mineur, une action immobilière et spécialement une action en partage de biens immeubles (5).

C. *Division des actions en réelles, personnelles ou mixtes.* — La principale division des actions consiste à les distinguer en réelles, personnelles ou mixtes, selon qu'elles garantissent un droit réel, un droit personnel ou à la fois un droit réel et un droit personnel intimement liés l'un à l'autre. On voit que dans cette division la nature de l'action est déterminée par celle du droit qu'elle sanctionne. Il peut arriver qu'une action personnelle garantisse indirectement un droit réel, par exemple un droit de propriété; telle est l'action en dommages-intérêts pour préjudice causé à ma chose. Mais si l'on y regarde de près, il faut bien reconnaître que, dans ce cas cependant, l'action protège

(1) Voy. Dalloz, *Code civil annote*, sous l'art. 1032.

(2) A la femme séparée de biens il faut assimiler la femme dotale, quant à ses paraphernaux.

(3) Dans le sens d'une nullité d'ordre public, voy. civ. cass., 21 février 1888, S. 88, 1, 104.

(4) Poitiers, 12 décembre 1887, S. 88, 2, 32.

(5) Douai, 24 mai 1854, S. 54, 2, 433.

plus directement un droit personnel, une créance en dommages-intérêts naissant de la violation d'un droit de propriété. Pour savoir si une action est personnelle ou réelle, il faut se demander si elle suppose ou non un rapport d'obligation entre le demandeur et le défendeur ; l'action personnelle suppose ce rapport, l'action réelle ne le suppose pas. Cette distinction résulte de la nature et de la force même des choses, et existe nécessairement dans toute législation ; on ne doit donc pas dire qu'elle vient du droit romain, où les actions étaient aussi divisées en actions *in rem* et actions *in personam*.

Ce qui est vrai, c'est que nous avons emprunté aux Romains leur terminologie. Les termes *actio in rem*, *actio in personam* avaient été imaginés comme conséquence de cette partie de la formule appelée *intentio*, dans laquelle le demandeur faisait connaître sa prétention et qui était dite *in rem* quand le nom du défendeur n'y figurait pas parce qu'il n'y était pas nécessaire, ce qui avait lieu toutes les fois que le demandeur invoquait un droit réel, ou *in personam*, quand le nom du défendeur se trouvait nécessairement dans l'*intentio*, ce qui avait lieu toutes les fois que le demandeur invoquait un droit de créance, car on ne peut pas se prétendre créancier d'une manière générale, mais seulement d'une personne déterminée (1).

Le nombre des droits réels étant fixé par la loi elle-même et les particuliers ne pouvant pas en créer de nouveaux, parce que l'organisation de la propriété est d'ordre public, il en résulte que le nombre des actions réelles est, lui aussi, très limité et qu'il est assez facile d'en donner l'énumération. Au contraire, les droits personnels naissant des contrats, quasi-contrats, délits, quasi-délits, sont illimités dans notre droit, à la différence de ce qui avait lieu à Rome, d'où il suit que les actions personnelles existent, elles aussi, en nombre illimité : il est donc impossible d'en donner l'énumération, et la plupart de ces actions ne portent pas de noms particuliers. Comme exemples d'actions personnelles, nous citerons toutes les actions tendant au paiement de choses fongibles, le plus souvent d'une somme d'argent. L'action qui aurait pour objet l'exécution d'un contrat portant création d'un droit réel ou transport de la propriété d'une chose déterminée ne serait plus seulement personnelle mais encore réelle et, par cela même, mixte, comme nous le verrons bientôt. Sont encore personnelles toutes les actions qui tendent à une obligation de faire ou de ne pas faire. Il faut aussi attribuer le même caractère aux actions tendant à la nullité ou à la résolution d'un contrat exclusivement productif d'obligations, par exemple à l'action en expulsion d'un locataire ou fermier (2). Les actions personnelles ne portent guère de nom dans notre droit qu'autant qu'elles ont été empruntées aux Romains. Telle est l'action paulienne ou révocatoire de l'article 1167 du Code civil, qui a été la cause de tant d'erreurs de la part des auteurs et de la jurisprudence. Les uns y ont vu une action réelle, les autres une action mixte, alors qu'elle est tout simplement une action personnelle (3). Elle est, en effet, accordée à tout créancier dont le débiteur a passé un acte en fraude de ses droits, ce qui sup-

(1) Gaius, Commentaire IV, § 41.
(2) Voy. en sens contraire Caen 28 mars 1887, D. P. 87, 2, 185 et ma note.
(3) Cass., 30 juillet 1884, D. P. 84, 1, 62 ; Aubry et Rau. 4e éd. t. IV, p. 131, § 313.

pose que cet acte a causé ou augmenté l'insolvabilité du débiteur. Dans ces circonstances, le créancier obtient une action spéciale, précisément l'action paulienne, contre le tiers qui a traité avec le débiteur ; il faut que ce tiers ait été complice de la fraude, si l'acte qu'il a passé avec le débileur est à titre onéreux, comme une vente ou un bail; cette condition n'est plus nécessaire et l'action paulienne est donnée même contre le tiers acquéreur de bonne foi, lorsque celui-ci est un donataire. Dans le premier cas, l'action paulienne est fondée sur un délit civil résultant de la fraude, dans le second cas sur un quasi-contrat résultant d'un enrichissement injuste au profit du donataire ; dans les deux cas, c'est le tiers qui devient débiteur direct du créancier fraudé et, comme il ne peut être question que d'une dette, l'action est personnelle (1).

Les actions réelles portent, au contraire, presque toujours des noms propres et leur nombre étant fort limité, comme celui des droits qu'elles sanctionnent, il est facile d'en donner l'énumération. Au droit de propriété correspond l'action en revendication qui est le type de l'action réelle. En matière de servitude, nous rencontrons l'action confessoire, par laquelle le demandeur soutient qu'il a droit à une servitude personnelle ou réelle (2). On cite aussi par tradition du droit romain l'action négatoire, ainsi appelée parce que le demandeur prétend que son immeuble n'est pas grevé de servitude. Mais on peut faire remarquer, sans insister sur cette question qui n'offre aucun intérêt pratique, que l'action négatoire se ramène peut-être à l'action en revendication limitée dans son étendue. Cette observation s'applique certainement à l'action du superficiaire, qui exerce un véritable droit de propriété mais limité à la superficie, c'est-à-dire aux constructions, arbres, plantes, adhérant à la surface d'un immeuble dont le dessous appartient à une autre personne : l'action du superficiaire n'est que la revendication limitée à la surface (3).

L'action du créancier gagiste et celle du créancier privilégié ou hypothécaire sont également réelles, car elles garantissent les droits réels de gage, de privilège, d'hypothèque. Nous reconnaîtrons bientôt aussi le même caractère aux actions possessoires, que nous réservons pour le moment. Le droit de succession *ab intestat* ou testamentaire est aussi un droit réel, avec cette particularité qu'il porte sur une universalité ; il est donc nécessairement sanctionné par une action réelle dont nous avons emprunté le nom aux Romains, la pétition d'hérédité, accordée à celui qui se prétend héritier (ou successeur universel ou à titre universel) contre quiconque lui conteste cette qualité et à l'effet d'obtenir tout ou partie de la succession.

Les actions relatives à l'état des personnes et à la famille présentent aussi un caractère de réalité très marqué ; mais elles se distinguent des précédentes, en ce qu'elles n'ont plus pour objet principal des intérêts pécuniaires ni des droits compris dans la patrimoine.

Les jurisconsultes discutent encore aujourd'hui sur le point de savoir si

(1) Civ. cass., 30 juillet 1884, D. P. 85, 1, 62.

(2) Il ne faut pas oublier, en effet, que les servitudes personnelles, usufruit, usage, habitation, sont des droits réels.

(3) Voy. Aubry et Rau, 5e éd., t. II, p. 623. Sur l'action en revendication et l'action négatoire, voy. le même tome, p. 559 et suiv.

l'emphythéose existe à titre de droit réel, d'ailleurs limité à quatre-vingt-dix-neuf ans, et s'il faut reconnaître le même caractère à l'antichrèse. Il n'y a pas lieu d'examiner ici ces questions et il suffit de relever que, si on admet l'affirmative, il faut ajouter à la liste précédente une action réelle d'emphythéose et une action réelle d'antichrèse. Certains auteurs, et des plus récents, prétendent que l'action en partage est aussi une action réelle ; mais c'est là une erreur manifeste, qu'il aurait été facile d'éviter en se reportant à la notion même de l'action réelle et de l'action personnelle. La première suppose un droit réel qu'elle protège ; la seconde un droit de créance. Quel serait le droit réel contesté entre les copartageants ? Ils se reconnaissent bien au contraire copropriétaires ou cohéritiers ; seulement il en est parmi eux qui demandent à sortir de l'indivision. Les personnes qui se trouvent, en effet, dans cet état ont toujours entre elles le droit et l'obligation d'en sortir. Celui qui intente l'action en partage invoque donc un droit de créance de mettre fin à l'indivision, droit de créance naissant d'un quasi-contrat qui consiste dans le fait même de cette indivision. Les jurisconsultes romains de l'époque classique reconnaissaient déjà à l'action en partage d'une succession (*actio familiæ erciscundæ*) et à l'action en partage d'une chose indivise quelconque (*actio communi dividundo*), le caractère d'action personnelle. C'est Justinien qui le premier en a fait des actions mixtes, ainsi que de l'action en bornage (*Institutes*, liv. IV, tit. IV, § 20).

Cette action en bornage est-elle aujourd'hui personnelle, réelle ou mixte ? Il ne faudrait pas hésiter à décider qu'elle est personnelle, comme l'action en partage, si le législateur du Code civil n'avait pas modifié la nature du bornage. Il serait, en effet, logique de dire qu'il y a entre voisins un droit et une obligation d'opérer le bornage comme entre propriétaires indivis un droit et une obligation de partager. Mais le Code civil a fait du bornage une véritable servitude, c'est-à-dire un droit réel, et par cela même l'action en bornage, qui garantit ce droit, doit, elle aussi, être réelle (1).

On a autrefois soutenu que dans notre droit le contrat de bail confère au preneur un droit réel et que sous le régime de communauté la femme exerce ses reprises en qualité de propriétaire. Si cela était vrai, il faudrait encore admettre dans ces deux cas des actions réelles ; mais ces solutions sont, depuis un certain temps déjà, complètement abandonnées.

Restent les actions mixtes. Que faut-il entendre par là ? La question offre une grande importance au point de vue de la compétence des tribunaux d'arrondissement. En principe, c'est toujours au tribunal d'arrondissement du domicile du défendeur que la demande doit être portée. Il en est autrement dans deux cas : si l'action est à la fois réelle immobilière ou mixte immobilière. Dans le premier cas, l'action doit être portée au tribunal de la situation de l'immeuble ; dans le second cas, l'action étant mixte et immobilière, l'article 59 du Code de procédure donne au demandeur le choix entre deux tribunaux, celui du domicile du défendeur et celui de la situation de

(1) Ajoutons que cette action est de la compétence du tribunal d'arrondissement ou de celle du juge de paix, suivant qu'il y a ou qu'il n'y a pas en même temps contestation sur la propriété. Req., 4 février 1885, S. 86, 1, 212 ; civ. cass., 15 décembre 1885, S. 86, 1, 156.

l'immeuble. Ces deux exceptions écartées, il faut donc décider qu'en sens contraire, et d'une manière générale, le tribunal compétent est celui du défendeur en toute matière mobilière, réelle, personnelle ou mixte et même en matière immobilière personnelle. On voit par ce qui précède qu'au point de vue de la compétence, et à ce point de vue seulement, il n'y a pas grand intérêt à rechercher, du moment que l'action est mobilière, si elle est réelle, personnelle ou mixte. Mais l'intérêt devient considérable, au contraire, toutes les fois que l'action est immobilière. Cette notion des actions mixtes remonte au droit romain de Justinien. Il y avait bien auparavant des actions qu'on appelait déjà ainsi, mais en donnant à ce terme un sens tout à fait différent : on appelait actions mixtes celles qui étaient à la fois *rei et pœnæ persecutoria*. C'est Justinien qui le premier (*Institutes*, liv. IV, tit. IV, § 20) a donné le nom d'actions mixtes à celles qu'on appelle aussi actions divisoires : action en bornage, *finium regundorum*; action en partage d'une succession, *familiæ erciscundæ*; action en partage d'une chose indivise quelconque, *communi dividundo*. Pour quel motif Justinien a-t-il appelé mixtes ces trois actions que les jurisconsultes classiques plaçaient parmi les actions personnelles ? Bien des explications ont été données par les romanistes; la plus plausible est celle qui impute ce changement de terminologie à une erreur de Justinien. Il aurait relevé, très exactement d'ailleurs, une particularité de ces trois actions dans lesquelles le juge a le pouvoir de transférer la propriété et de créer des droits réels, et il en aurait conclu, bien à tort, que ces actions, tout en étant personnelles, ressemblent cependant aussi aux actions réelles, en particulier à l'action en revendication. En réalité, l'analogie n'existe pas, car dans les actions réelles le juge ne fait que reconnaître les droits réels, tandis qu'ici il les crée; Justinien avait confondu entre la création et la reconnaissance d'un droit réel. Ces expressions et cette théorie des actions mixtes ont passé dans notre ancien droit français (1) où les jurisconsultes ont copié sans réflexion suffisante le passage des *Institutes* de Justinien. Certains auteurs ont encore de nos jours proposé de reconnaître aux trois actions divisoires le caractère d'actions mixtes. Cette solution est aujourd'hui abandonnée. Nous avons vu en effet que l'action en bornage est devenue réelle et que l'action de partage est purement personnelle. En outre, la question de savoir si une action est mixte offre de l'intérêt au point de vue de la compétence. Or, pour la plupart des actions divisoires, le législateur a établi des règles de compétence spéciales, qui ne sont pas celles des actions mixtes. Ainsi nous verrons avec l'article 59 du Code de procédure que l'action en partage d'une succession doit s'intenter devant le tribunal du lieu de l'ouverture de cette succession; de même l'action en partage d'une société est portée devant le tribunal du lieu où la société est établie (art. 1872 C. civ.). Il est vrai qu'en cas d'indivision sans société, il n'y a plus pour l'action en partage de compétence spéciale ; mais ce cas est trop

(1) Ferrière, *Dictionnaire de droit*, v° *Action mixte*, et *Commentaire sur la coutume de Paris*, tit. V, t. I, p. 206; Bourjon, *Droit commun de la France*, liv. VI, tit. V, chap. IV; Jousse, *Introduction au commentaire de l'ordonnance de 1667*, tit. III, sect. I; Pothier, *Du quasi-contrat de communauté, à la suite du contrat de société*, art. 4, n° 194.

rare pour que le législateur y ait pensé en parlant d'actions mixtes.

Il faut écarter aussi, sans hésitation, l'opinion suivant laquelle les actions mixtes seraient toutes les actions réelles auxquelles viendraient se joindre des accessoires personnels; tel serait le cas où un propriétaire revendiquerait son immeuble, en réclamant en même temps des dommages-intérêts pour dégradations. Ce système suppose que l'accessoire peut changer la nature du principal, alors qu'un vieil adage dit précisément le contraire. Dans ce système, les actions réelles seraient presque toujours mixtes, car il est rare qu'au principal ne se joignent pas des demandes accessoires. Il n'est pas possible non plus d'admettre qu'il dépende du demandeur, en formant à tort ou à raison des demandes accessoires, de rendre l'action mixte et d'avoir ainsi le choix entre deux tribunaux.

Pour se tirer d'embarras, certains auteurs, et parmi eux des plus éminents, comme MM. Aubry et Rau, ont proposé de décider qu'il n'existe plus d'actions mixtes, mais seulement des matières mixtes, c'est-à-dire des matières dans lesquelles il y a deux actions et deux droits intimement liés l'un à l'autre, quoique d'ailleurs parfaitement distincts. Mais il suffit, pour écarter cette explication, d'observer que dans l'article 59 le mot matière est synonyme d'action; aussi MM. Aubry et Rau ont-ils renoncé à cette explication dans leur dernière édition (1).

La doctrine et la jurisprudence sont enfin sorties de ces hésitations. On a reconnu qu'il n'était pas possible de déclarer mixtes ni les trois actions divisoires, ni les actions réelles qui ont des accessoires personnels, quoique telle ait été déjà la doctrine de la plupart de nos anciens jurisconsultes, et précisément parce que cette doctrine est le résultat d'une erreur inspirée en partie par Justinien (2). Mais il existe un autre groupe d'actions, auquel nos anciens jurisconsultes avaient aussi et très exactement cette fois donné le caractère d'actions mixtes et il semble certain que l'article 59 a songé à ces actions, car les rédacteurs du Code de procédure n'ont pas manifesté l'intention de s'écarter sur ce point de l'ancien droit, comme ils l'ont fait pour les actions divisoires. Dans son *Introduction générale aux coutumes d'Orléans* (n° 122), Pothier commence par se tromper en plaçant les trois actions divisoires parmi les actions mixtes; mais, ensuite, il donne aussi ce caractère aux actions en résolution ou en rescision de nature à rejaillir contre les tiers, comme l'action en résolution du vendeur pour défaut de paiement du prix (art. 1654 C. civ.), l'action en réméré (art. 1659 C. civ.), l'action en rescision de vente d'un immeuble pour cause de lésion de plus de sept douzièmes (art. 1674 et suiv. C. civ.). Ce sont les exemples mêmes que donne Pothier, et il n'est pas douteux que, sur ce point, le Code de procédure a entendu suivre sa doctrine. Cette solution est aussi conforme à la définition des actions mixtes que proposait le tribunal de cassation dans l'article 18 de son projet, et qui a été repoussée comme œuvre de pure doctrine. Nous constituerons donc un premier groupe d'actions mixtes, en disant qu'il se compose de toutes les actions qui tendent à la résolution, rescision, réduction d'une

(1) Voy. t. VIII, p. 121.

(2) Voy. sur ce point l'article de Naquet, dans la *Revue critique*, année 1873, p. 473.

aliénation d'immeuble ou d'une constitution de droit réel, que l'acte ait eu lieu à titre gratuit ou à titre onéreux. En conséquence, en supposant qu'il s'agisse d'immeuble ou d'un droit réel immobilier, le demandeur a le choix entre deux tribunaux, celui du domicile du défendeur et celui de la situation de l'immeuble (1). En effet le demandeur se dit à la fois créancier et propriétaire ou titulaire d'un droit réel. Prenons à titre d'exemple l'action en résolution de la vente d'un immeuble accordée au vendeur pour défaut de paiement du prix. D'une part, le vendeur est créancier de l'obligation qui résulte d'une manière expresse ou tacite du contrat, à la charge pour l'acheteur de subir la résolution; d'autre part, la résolution ayant lieu, le vendeur a le droit de dire qu'il est propriétaire de l'immeuble (2).

Un second groupe d'actions mixtes est celui des actions dans lesquelles une partie se prétend propriétaire d'un bien, ou titulaire d'un droit réel, et en demande la délivrance, parce qu'elle a acquis ce bien ou ce droit en vertu d'un acte translatif de propriété. Telle est, par exemple, l'action intentée par un acheteur, un donataire, un légataire contre le vendeur, le donateur, l'héritier à l'effet d'obtenir l'exécution de l'obligation de donner. Dans notre ancien droit, où la propriété (ou les droits réels) ne se transférait pas par le seul échange des consentements et où on exigeait une tradition réelle ou feinte, l'obligation de donner produisait deux effets à la charge de celui qui en était tenu : il devait faire la tradition pour opérer le transport de propriété; il devait aussi mettre le bien ou la chose à la disposition de celui à qui il l'avait promis. Ce dernier n'avait donc qu'un droit de créance et son action était purement personnelle. Aujourd'hui la situation a changé : la propriété se transfère et les droits réels se créent par le seul échange des consentements entre vifs et au moment même où l'acte est passé. Il en résulte qu'ensuite l'obligation de donner n'impose plus, à celui qui aliène, que le devoir de mettre la chose ou le droit à la disposition de l'acquéreur qui est déjà propriétaire. Mais aussi l'action intentée par cet acquéreur, acheteur, coéchangiste, donataire ou autre est devenue mixte : l'acquéreur affirme, d'une part, qu'il est déjà propriétaire (ou titulaire du droit réel), car la propriété lui a été transférée dès l'échange des consentements; mais il demande maintenant que l'aliénateur exécute l'obligation de donner, c'est-à-dire mette la chose ou le droit à sa disposition ; par le premier côté, l'action est réelle et, par le second, elle est personnelle. De même, l'action en délivrance d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier intentée par le légataire contre l'héritier est mixte : cet héritier s'est en effet obligé, en acceptant la succession, à délivrer le legs et celui-ci a déjà transféré la propriété, par lui-même du défunt au légataire (3). Cependant l'action en délivrance du bien ou

(1) On rappelle qu'en matière mixte mobilière un seul tribunal est compétent, celui du domicile du défendeur.

(2) Voy. dans ce sens pour ce premier groupe d'actions mixtes : Civ. rej., 5 mars 1806, S. 6, 1, 512; Lyon, 31 août 1849, S. 49, 2, 573; civ. rej., 8 avril 1862, S. 62, 1, 736; Agen, 20 janvier 1868, S. 68, 2, 43; Rouen, 30 avril 1870, S. 71, 2, 75; Nancy, 10 juin 1871, S. 71, 2, 130; req., 29 juin 1899, D. P. 1900, 1, 316. Voy. aussi la jurisprudence dans Dalloz, *Code de procédure civile annoté*, sous l'art. 59, nº 550 et *Supplément*, nºs 1240 et suiv.

(3) Req., 31 mai 1837, S. 37, 1, 631.

du droit vendu, donné ou légué, cesserait d'être mixte et deviendrait purement personnelle, si le transport de la propriété avait été remis à une époque postérieure à la délivrance. L'action serait encore personnelle dans le cas où l'acte, contrat ou legs porterait, non plus sur un bien déterminé, mais sur des choses fongibles. Au contraire, la promesse de vente valant vente et transférant la propriété, il en résulte que l'action en résolution de la promesse de vente d'un bien déterminé est identique à l'action en résolution de la vente elle-même et constitue une action mixte (1).

Les actions en rescision ou en résolution ou en réduction cessent d'être mixtes et deviennent réelles dans la mesure où elles rejaillissent contre les tiers. C'est une conséquence de ce que les successeurs à titre particulier, par exemple les acheteurs, ne sont pas tenus des obligations de leurs auteurs. On ne peut donc pas demander contre eux la résolution, la rescision ou la réduction. Supposons, par exemple, le vendeur non payé et une seconde aliénation consentie par l'acheteur. Ce vendeur ne peut pas demander la résolution contre le sous-acquéreur; il n'a contre ce dernier que l'action en revendication (2), mais cette revendication elle-même suppose la résolution du premier contrat de vente, et, à cet effet, le vendeur originaire doit intenter l'action personnelle en exécution de l'obligation de résolution contre son propre acheteur. Dans ce cas, le vendeur intente donc en réalité deux actions distinctes : l'une personnelle contre celui avec qui il a contracté, pour qu'il se soumette à l'obligation de résolution, l'autre réelle contre le tiers acquéreur; il faut même qu'il intente d'abord l'action personnelle avant de recourir à l'action réelle ou, ce qui est mieux encore, qu'il intente à la fois les deux actions et, comme il y a connexité entre elles, le demandeur peut agir soit devant le tribunal du défendeur à l'action personnelle, soit devant le tribunal de la situation de l'immeuble.

On a encore voulu donner le caractère d'action mixte à deux autres actions, mais dans certains cas seulement. La première serait l'action hypothécaire intentée contre le débiteur lui-même. On reconnaît qu'elle serait réelle, si elle était dirigée contre le tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué, mais on prétend qu'elle devient mixte, lorsque le créancier attaque le débiteur, parce que celui-ci est tenu à la fois personnellement de la dette et hypothécairement comme propriétaire. Cette solution n'est pas exacte : il y a, en pareil cas, deux actions distinctes : l'action personnelle, naissant de la créance, et l'action hypothécaire. Il n'est pas non plus vrai de dire que la pétition d'hérédité devient une action mixte lorsque l'héritier réclame à la fois les biens de la succession et le paiement des débiteurs. D'abord cette formule est tout à fait inexacte : on confond l'objet du droit avec le droit lui-même. En d'autres termes, le demandeur à la pétition d'hérédité ne réclame pas directement les biens de la succession ni le paiement des dettes; il prétend qu'il est héritier, que son droit réel de succession est méconnu et c'est seulement par voie de conséquence, s'il triomphe, qu'on le paiera ou qu'on lui remettra les biens. La pétition d'hérédité est donc toujours une action

(1) Req., 26 mars 1884, S. 86, 1, 341.

(2) S'il préférait son paiement, il pourrait, au contraire, invoquer directement son privilège contre son sous-acquéreur.

réelle parce qu'elle garantit un droit réel, et on se trompe lorsqu'on veut déterminer sa nature d'après celle des biens compris dans la succession. Si la solution que nous combattons est exacte, il faudrait aller jusqu'à dire que la pétition d'hérédité est une action purement personnelle, lorsque la succession ne comprend que des créances. Dans ces dernières circonstances, il ne faut pas confondre deux situations bien distinctes, suivant que le débiteur refuse de payer sans contester au demandeur sa qualité de créancier, ou en lui contestant au contraire cette qualité; dans le premier cas, le demandeur doit intenter l'action personnelle naissant de la créance; dans le second cas, il faut qu'il recoure à la pétition d'hérédité pour établir avant tout sa qualité d'héritier.

D. *Division des actions en mobilières ou immobilières.* — La seconde division des actions consiste à les distinguer en actions mobilières ou immobilières. Sous ce second point de vue, on ne s'occupe plus du droit garanti par l'action, mais de l'objet que doit procurer l'action. Cette division était inconnue en droit romain, où la propriété des meubles et celle des immeubles étaient, en général, soumises aux mêmes règles et aux mêmes actions. Chez nous, au contraire, elle est très importante par tradition de notre ancien droit qui avait établi des régimes très différents sur les biens et sur les droits, suivant qu'ils étaient meubles ou immeubles. L'action mobilière est celle qui a pour objet de nous procurer des meubles ou des droits mobiliers; l'action immobilière nous donnera des immeubles ou des droits immobiliers. Fort souvent, le législateur confond encore aujourd'hui les deux divisions des actions : il prend les termes action personnelle ou action mobilière comme synonymes l'un de l'autre, il dit aussi action réelle pour action immobilière ou réciproquement. Cette erreur remonte à notre ancien droit où matière réelle était synonyme de matière immobilière et matière personnelle de matière mobilière. Les rédacteurs de nos Codes se sont souvent servis de cette terminologie vicieuse et les auteurs ont parfois suivi cet exemple : on appelle clause de réalisation la convention contenue dans le contrat de mariage, d'après laquelle certains meubles ne tomberont pas dans la communauté et sont sous ce rapport réalisés, c'est-à-dire assimilés aux immeubles (1). Ce qui fait que le législateur a confondu les actions personnelles avec les actions mobilières et les actions réelles avec les actions immobilières, c'est qu'en fait les actions à la fois personnelles et immobilières et les actions réelles mobilières sont très rares. En matière immobilière, l'action est presque toujours en même temps réelle, parce que la propriété se transporte et les droits réels se créent par le seul échange des consentements. Mais, cependant, on peut supposer un contrat par lequel il a été convenu que l'acquéreur, tout en devant être mis immédiatement en possession, ne deviendra néanmoins propriétaire qu'au bout d'un certain temps; dans ce cas, cet acquéreur, pour obtenir l'immeuble, intentera une action personnelle immobilière; personnelle, car il ne peut se dire que créancier de l'immeuble; immobilière, car l'action doit lui procurer un bien de cette nature. Il peut aussi arriver qu'au lieu d'aliéner tel immeuble

(1) Voy. des exemples de cette confusion dans les articles 2 et 59 du Code de procédure, dans la loi du 11 avril 1838 et dans celle du 25 mai même année.

déterminé, on cède une certaine quantité de terres considérées comme choses fongibles; tel est le cas où un colon vend à une autre personne cent hectares à prendre dans sa concession, sans déterminer dès maintenant où sont situés ces hectares; dans ces circonstances, l'acheteur n'est que créancier d'une certaine quantité de terres et son action contre le vendeur pour obtenir la délivrance qui lui transférera la propriété (en déterminant les terres), est une action personnelle immobilière. D'un autre côté, les actions à la fois réelles et mobilières se voient rarement dans la pratique, à cause du principe: « En fait de meubles, possession vaut titre », devant lequel elles viendraient presque toujours échouer. De ce qu'elles sont rares, il n'est pas permis de supposer qu'elles n'existent pas. Ainsi, la revendication d'un meuble sera sans doute souvent repoussée par la règle de l'article 2279 du Code civil. Mais encore faut-il, pour pouvoir invoquer cette règle: « En fait de meuble. possession vaut titre », être de bonne foi, c'est-à-dire croire qu'on a traité avec le véritable propriétaire. La revendication d'un meuble réussira donc lorsqu'elle sera intentée contre un possesseur de mauvaise foi. Il y a plus: la loi permet dans deux cas, celui de perte et celui de vol (art. 2279 C. civ.), de revendiquer, même contre le possesseur de bonne foi, pourvu que l'action soit intentée dans le délai de trois ans à partir de la perte ou du vol. Dans ces diverses circonstances, comme on le voit, on se trouvera donc bien encore en présence d'actions à la fois réelles et mobilières.

Pour citer des exemples d'actions immobilières, réelles, personnelles ou mixtes, on a l'embarras du choix: action en revendication d'un immeuble; action confessoire ou négatoire de servitude; action naissant du gage immobilier; action en révocation, nullité, résolution, réduction, d'une donation d'immeuble ou de droits immobiliers; action en délivrance formée par l'acquéreur d'un immeuble à titre gratuit ou onéreux; action en réméré et d'une manière plus générale en résolution d'une vente d'immeuble.

Les exemples d'actions mobilières, réelles, personnelles ou mixtes sont aussi nombreux: action en revendication d'un meuble, dans les cas où la règle de l'article 2279 n'y met pas obstacle; action en délivrance de meubles vendus ou donnés; action en paiement d'une somme d'argent ou de toute autre chose mobilière; action en résolution, en réduction ou en nullité portant sur des meubles; action en délivrance d'une coupe de bois, de fruits pendants par branches et par racines, d'une maison à démolir, parce que, dans tous ces cas, il s'agit d'immeubles par nature qu'on considère comme meubles par anticipation; toutes les actions qui ont pour objet l'exercice d'un droit mobilier, alors même qu'elles tendraient à la délivrance d'un immeuble, quand elles résultent de simples droits personnels de jouissance, comme, par exemple, l'action en délivrance intentée par le fermier ou par le locataire contre le bailleur de la ferme ou de la maison.

Une action peut avoir à la fois pour objet des meubles et des immeubles; tel est le cas de vente d'une maison avec le mobilier qu'elle renferme; l'action est alors aussi partie mobilière et partie immobilière.

Quand il s'agit d'une obligation alternative portant sur des meubles et sur des immeubles, la nature de l'action reste en suspens jusqu'au moment de la demande en paiement. Le choix se fait alors, et les biens sur lesquels

il porte déterminent la nature mobilière ou immobilière de l'action (1). Lorsque l'obligation est facultative, l'action a toujours le caractère de l'objet dû, sans que l'on s'occupe de la chose qui est *in facultate solutionis*. L'action en rescision d'une vente d'immeubles pour cause de lésion de plus des sept douzièmes peut servir d'exemple : cette action est immobilière, car elle a pour objet la restitution de l'immeuble, quoique l'acheteur puisse éviter cette restitution en payant le supplément du juste prix, déduction faite d'un dixième ; cette somme d'argent est seulement *in facultate solutionis*.

Il y a d'autres actions pour lesquelles la détermination de leur nature est plus délicate, mais se rattache presque toujours à des difficultés de droit civil. L'action hypothécaire, par exemple, est-elle mobilière ou immobilière ? Tout dépend du caractère qu'on attache à l'hypothèque. Les uns en font un droit réel mobilier, sous prétexte qu'il a pour résultat de procurer au créancier une somme d'argent, et le même raisonnement doit conduire à décider que l'action hypothécaire est mobilière. Mais cette solution est fort contestable. La vérité est qu'une hypothèque a surtout pour objet de garantir une créance quelconque et que cette garantie consiste directement en un droit réel sur un immeuble ; il s'agit donc bien d'une action et d'un droit immobiliers.

Une autre difficulté de même nature s'est présentée à propos des obligations de faire ou de ne pas faire. De ce qu'il est de principe qu'elles se résolvent en dommages-intérêts toutes les fois qu'on ne peut pas les faire exécuter par un tiers, on a encore conclu qu'il s'agit ici de créances et d'actions mobilières. Nous n'acceptons toutefois cette solution que pour les cas où la créance porte sur un fait qui ne peut être accompli que par le débiteur lui-même ou sur un fait qui ne procure ni un meuble ni un immeuble, comme celui de labourer un champ. Lorsque le fait doit procurer un meuble ou un immeuble et qu'il peut être accompli sur le refus du débiteur par un tiers (tel est le cas où un architecte a promis de construire une maison), il semble qu'il vaille mieux s'attacher à ce fait et à son résultat, pour savoir si l'action est mobilière ou immobilière.

Dans les obligations avec clause pénale, comme cette clause n'est qu'un accessoire, il semble bien qu'il n'y a pas lieu de s'en préoccuper pour déterminer la nature de l'action (2).

Enfin, il y a certaines actions qui sont nécessairement étrangères à cette division des actions, ce sont celles qui concernent l'état des personnes et les droits de famille, en tant qu'ils ne font pas partie du patrimoine.

La question de savoir si une action est mobilière ou immobilière présente un sérieux intérêt pratique. Toute action mobilière, personnelle, réelle ou mixte, en l'absence de dispositions spéciales, est de la compétence du tribunal du domicile du défendeur ; au contraire, les actions immobilières, si elles sont en même temps réelles, doivent être portées devant le tribunal de la

(1) On sait qu'en principe le choix appartient au débiteur et qu'il faut une clause formelle pour le donner au créancier.

(2) On n'oubliera pas que les actions immobilières sont des immeubles pour l'objet auquel elles s'appliquent et les actions mobilières des meubles par la détermination de la loi. C'est l'application de la terminologie assez bizarre adoptée par le Code civil (art. 526 et 529).

situation de l'immeuble litigieux. Le juge de paix est compétent en matière mobilière jusqu'à 200 francs de principal, mais non en matière réelle immobilière. Nous verrons aussi que le taux de la compétence des tribunaux d'arrondissement se détermine différemment, selon que la matière est mobilière, ou réelle immobilière; dans le premier cas, on s'attache à la valeur de la demande, et dans le second cas, au revenu de l'immeuble (loi du 11 avril 1838). L'exercice d'une action mobilière rentre en général dans les actes d'administration, tandis que le législateur assimile assez volontiers les actions immobilières aux actes de disposition. Sans aller aussi loin pour les actions immobilières du mineur en tutelle, le législateur exige cependant que le tuteur obtienne l'autorisation du conseil de famille pour les intenter, tandis qu'il peut agir seul en matière mobilière. On sait également que les actions mobilières des époux tombent dans la communauté, à la différence des actions immobilières. Lorsqu'une action est à la fois mobilière et immobilière, comme dans l'esprit de la loi le caractère immobilier est le plus important, c'est au tribunal de la situation de l'immeuble qu'il faut donner la préférence.

### § 28. — Des actions possessoires.

A. *Généralités* (art. 23 à 28 C. pr.). — Les actions réelles immobilières se subdivisent en pétitoires ou possessoires. L'action pétitoire a pour objet de faire reconnaître un droit de propriété ou autre droit analogue réel immobilier : l'action possessoire a pour objet de protéger la possession pour elle-même. Celui qui jouit d'une possession conforme à la loi a le droit de se faire protéger dans cette possession, et même de se la faire restituer. La possession n'est donc pas seulement un fait; elle engendre aussi un droit, mais seulement sous les conditions de la loi. Ce droit est réel, ainsi que les actions qui le sanctionnent.

Peu de matières présentent plus de difficultés juridiques. Il en était déjà ainsi dans le droit romain et dans notre ancien droit (1). Ces difficultés subsistent encore aujourd'hui à cause de l'insuffisance des dispositions de la loi sur la possession et sur les actions possessoires (voy. art. 549, 690, 2060, 2238 et suiv. C. civ.; art. 23 et suiv. C. pr.; loi du 25 mai 1838, art. 6).

Dans le sens le plus large de ce mot, posséder c'est avoir une chose ou un droit à sa disposition. Dans ce premier sens, on peut dire que le locataire, le fermier, le dépositaire, le mandataire, en un mot tous ceux qui reconnaissent la propriété à autrui, possèdent cependant le bien. Dans un sens plus étroit, on entend par possession le fait d'une personne d'avoir une chose ou un droit à sa disposition et de se conduire comme propriétaire de cette chose ou titulaire de ce droit, sans qu'il y ait lieu de rechercher si effectivement cette personne est ou non propriétaire ou titulaire de droit, et sans qu'il y ait lieu de distinguer, dans le cas où il s'agit du bien ou du droit d'autrui, si le pos-

(1) Sur l'ancien droit, voy. les travaux suivants : Glasson, *Histoire des droits et des institutions de la France*, t. VII, p. 285; *De la possession et des actions possessoires au moyen âge, Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, t. XIV, p. 588.

sesseur est de bonne ou de mauvaise foi. A cette possession proprement dite, on oppose la détention, qui consiste dans le fait d'avoir une chose ou un droit à sa disposition, tout en reconnaissant le droit d'autrui. Ainsi le fermier, le locataire, le dépositaire, le mandataire, qui sont des possesseurs, si l'on prend ce mot dans son sens le plus large, n'ont plus que la qualité de détenteurs, lorsqu'on s'occupe de la possession proprement dite, dans le sens étroit et ordinaire de ce mot. Il peut arriver qu'on soit à la fois détenteur de la chose d'autrui et possesseur d'un droit sur cette chose. C'est le cas de l'usufruitier : quant au bien lui-même, il reconnaît la propriété à un autre et n'est qu'un détenteur ; quant à l'usufruit, comme il s'affirme titulaire de ce droit, il en est aussi possesseur.

La possession suppose donc la réunion de deux éléments : le fait d'avoir la chose ou le droit à sa disposition (*corpus*) ; l'intention de se conduire comme propriétaire de la chose ou comme titulaire du droit (*animus*) (1).

La détention ne comporte que le premier de ces deux éléments. Cette détention ne constitue qu'un pur fait ; elle n'a pas le caractère d'un droit, et par conséquent ne produit aucun effet juridique. Sans doute, si le détenteur est menacé d'un dépouillement par violence, il a le droit de répondre par la violence, mais ce droit dérive de la légitime défense et non de la détention. Nous verrons que certains auteurs accordent, il est vrai, une action possessoire, la réintégrande, au détenteur qui a été dépouillé malgré lui de la détention, mais ils sont les premiers à reconnaître qu'ils dénaturent ainsi la réintégrande et lui retirent le caractère d'action réelle possessoire pour en faire une action personnelle, résultant d'un délit civil et de l'obligation de restituer au spolié la chose dont il a été injustement privé. Aussi vaut-il mieux, à notre avis, comme on le verra plus loin, refuser au détenteur cette réintégrande, tout en lui reconnaissant droit à des dommages-intérêts, s'il a éprouvé un préjudice injuste, et en lui donnant parfois aussi une action en garantie contre celui de qui il tenait le bien, par exemple au locataire ou au fermier contre le bailleur.

A la différence de la détention, la possession engendre, sous certaines conditions prescrites par la loi, un véritable droit. En d'autres termes, la détention n'existe jamais qu'à l'état de simple fait ; la possession est aussi un fait, mais ce fait peut engendrer un droit de possession. Lorsqu'une personne est actuellement en possession, conformément à la loi, elle a à la fois le fait et le droit de possession ; a-t-elle été privée de la possession, elle n'a plus le fait de possession, mais elle conserve son droit de possession qui continue à être protégé par voie d'action ; si une personne possède, sans réunir les conditions de la loi, elle n'a que le fait de possession sans le droit et ne jouit pas en principe des actions possessoires.

Dans notre droit actuel, la théorie de la possession, envisagée comme droit *sui generis*, se limite aux immeubles et à certains droits réels immobiliers.

Pour les meubles, la possession se confond avec la propriété ; celui qui possède conformément à la loi est, par cela même, en même temps propriétaire (art. 2279 C. civ.). En d'autres termes, le possessoire et le pétitoire sont

(1) Req., 17 janvier 1898, D. P. 98, 1, 447.

réunis; aussi n'existe-t-il pas d'action possessoire pour les meubles. C'est seulement à l'occasion des immeubles et des droits réels immobiliers susceptibles de possession (usufruit, usage, habitation, service foncier), qu'on reconnaît une possession et un droit réel de possession qui peuvent être indépendants de la propriété.

Sans doute, le plus souvent, celui qui possède un immeuble ou un droit réel immobilier de cette nature en est en même temps le propriétaire ou le titulaire; la propriété et la possession sont alors réunies dans les mêmes mains. Mais il peut arriver aussi qu'elles soient séparées : c'est ce qui se produira lorsqu'une personne aura acquis un immeuble ou un droit réel immobilier d'un autre qui n'était pas propriétaire. Ce possesseur sera néanmoins protégé par la loi sous certaines conditions et quoiqu'il n'ait pas acquis la propriété ou le droit réel immobilier. Pour quel motif le législateur a-t-il protégé la possession comme droit distinct de la propriété? D'abord et précisément parce que, le plus souvent, la possession et la propriété sont réunies sur la même tête. Il est donc tout naturel de présumer, jusqu'à preuve contraire, que celui qui possède est aussi propriétaire ou titulaire du droit. D'ailleurs, quand la propriété et la possession sont séparées, la première finit toujours par l'emporter sur l'autre; en d'autres termes, le propriétaire, par l'action pétitoire en revendication, obtient du possesseur la restitution de l'immeuble. Mais tant que le vrai propriétaire n'a pas prouvé son droit au pétitoire, le possesseur, étant présumé propriétaire, jouit, sous les conditions déterminées par la loi, des avantages attachés au droit de possession : il a à sa disposition les actions possessoires pour se faire maintenir ou réintégrer en possession, sans qu'il y ait lieu de distinguer si sa possession est de bonne ou de mauvaise foi; comme la possession crée une présomption de propriété, il en résulte que le possesseur joue le rôle de défendeur dans l'action en revendication et que la preuve incombe à son adversaire qui ne possède pas; de même, le possesseur peut se prévaloir du droit de rétention dans les circonstances où la loi autorise à faire usage de ce droit. Le possesseur fait aussi les fruits siens, mais à la condition qu'il soit de bonne foi (art. 549 C. civ.). Tout possesseur peut devenir propriétaire par la prescription, au bout de dix à vingt ans, s'il a juste titre et bonne foi, et après trente années seulement de possession si l'une de ces conditions ou toutes deux font défaut (art. 2262 et 2265 C. civ.). Les droits du possesseur sur les constructions qu'il a pu élever diffèrent aussi, suivant qu'il est de bonne ou de mauvaise foi (art. 555 C. civ.). Tels sont les principaux effets de la possession.

B. *Possession protégée par les actions possessoires.* — Nous ne devons nous occuper ici que des actions possessoires destinées à la protéger.

En principe, la possession ne devient un droit garanti par les actions possessoires que sous deux conditions essentielles. En premier lieu, il faut que la possession ait duré au moins une année (art. 23 C. pr.). Autrefois, on exigeait même un an et un jour. Ce délai se compte suivant les principes ordinaires de la prescription et, par exemple, on exclut le *dies a quo*; il est permis de joindre à sa possession celle de son auteur; celui qui établit à la fois sa possession ancienne et sa possession actuelle, est présumé avoir eu la possession intermédiaire (art. 2234 C. civ.).

En second lieu, la possession n'est protégée par les actions possessoires qu'autant qu'elle réunit les six caractères énumérés par l'article 2229 du Code civil : continue, non interrompue, paisible, publique, non équivoque, à titre de propriétaire. Si l'une de ces conditions fait défaut, par exemple si la possession est violente, clandestine, à titre précaire (1), elle est vicieuse et comme telle privée des actions possessoires. De même, une possession serait équivoque et par cela-même sans effet, si les deux parties avaient joui concurremment de l'immeuble litigieux (2). Mais ici se place une observation très importante : il faut avoir soin de remarquer que les vices de violence, de clandestinité, de précarité sont purement relatifs, c'est-à-dire existent seulement vis-à-vis de certaines personnes, par exemple vis-à-vis de la victime de la violence ou de celui à qui on a caché la possession, ou encore de celui qui a concédé la jouissance à titre précaire; vis-à-vis des autres personnes, la possession n'est pas vicieuse et, par celà même, les actions possessoires la protègent.

Quant au vice de précarité, il doit être entendu dans deux sens différents. On dit d'abord qu'une personne possède à titre précaire et non à titre de propriétaire, lorsqu'elle reconnaît le droit d'autrui, comme le locataire, le fermier, le mandataire. Aussi vaudrait-il mieux dire dans ce premier cas qu'il n'y a pas possession, mais détention. C'est à tort que le terme possession à titre précaire a été employé pour désigner la détention et il peut en résulter parfois une certaine obscurité.

Mais rien ne s'oppose à ce qu'en vertu d'une convention certaine, expresse ou tacite, un concessionnaire obtienne du concédant, dont il reconnaît le droit, une véritable possession, avec tout ou partie des avantages qu'elle confère, suivant la volonté des parties. Dans ces circonstances, le concessionnaire, tout en reconnaissant le droit d'autrui, n'en est pas moins un possesseur, mais sa possession est entachée de précarité vis-à-vis du concédant. Il ne saurait donc contre celui-ci se maintenir en possession au moyen des actions possessoires et il doit au contraire toujours restituer lorsqu'il en est requis, conformément à la loi ou à la convention. Seulement, le vice de précarité étant purement relatif, le concessionnaire est protégé par les actions possessoires contre toutes personnes autres que le concédant.

Ces préliminaires vont nous permettre de déterminer quels sont les immeubles et droits réels immobiliers dont la possession est protégée par les actions possessoires.

On a déjà dit que, dans notre droit actuel, les immeubles seuls sont susceptibles d'actions possessoires, à l'exclusion des meubles corporels ou incorporels. Pour les meubles corporels, on le sait, le possessoire se confond avec le pétitoire comme conséquence de la règle : « En fait de meubles, possession vaut titre » (art. 2279 C. civ.), et il suffira d'ajouter ici qu'on assimile les titres au porteur aux meubles corporels. Quant aux autres meubles incorporels ou autres droits de créance, la loi n'admet pas qu'ils soient susceptibles de possession. Sans doute, l'article 1240 du Code civil parle du possesseur

(1) Ces termes : à titre précaire, seront bientôt expliqués.
(2) Civ. cass., 4 janvier 1888, S. 88, 1, 101.

d'une créance, mais, par cette expression, il entend seulement désigner celui qui en est le titulaire apparent. Dans notre ancien droit, la possession des universalités de meubles était, par exception, protégée par les actions possessoires. L'article 2 du titre XVII de l'ordonnance de 1667 portait : « Si aucun est troublé en la possession et jouissance d'une universalité de meubles, il peut former complainte. » C'était la reproduction de certaines dispositions des coutumes de Paris (art. 97) et d'Orléans (art. 489). Mais le Code de procédure ne contient aucune disposition de ce genre et, bien au contraire, son article 3 donne compétence en matière possessoire au juge de paix de la situation de l'immeuble, ce qui implique que les biens de cette nature seuls, en principe, sont susceptibles d'action possessoire. C'est qu'en effet une universalité ne comporte jamais par elle-même de possession, à raison de son caractère incorporel. Il est vrai que les servitudes, droits incorporels, peuvent être possédées, mais cela tient à ce qu'en effet elles se manifestent en général par des actes extérieurs et matériels. D'ailleurs, nous verrons bientôt qu'au point de vue des actions possessoires appliquées aux servitudes, il y a lieu d'établir des distinctions.

On ne peut acquérir un véritable droit de possession que sur les immeubles placés dans le commerce; on ne saurait y prétendre sur un immeuble du domaine public, de l'État, du département, de la commune, pas plus qu'on ne peut prétendre à aucun autre droit sur ces mêmes biens. Mais il en est tout autrement des biens du domaine privé de l'État, du département, de la commune, comme par exemple des lais et relais de la mer. Ces biens sont dans le commerce; rien ne s'oppose à ce qu'on en devienne propriétaire par prescription et la prescription suppose, on le sait, une possession conforme à l'article 2229 (C. civ.). Il est tout naturel, dès lors, que cette possession soit aussi protégée par les actions possessoires (1). Toutefois, le vice de possession résultant de ce qu'un immeuble fait partie du domaine public est, lui aussi, purement relatif. Il en résulte que le possesseur jouit d'une possession régulière vis-à-vis de toutes autres personnes que l'État, le département, la commune; il a donc les actions possessoires contre toutes autres personnes, notamment contre les particuliers (2). Parfois l'État, le département, la commune ou une autre personne civile possédant des biens du domaine public confère sur un de ces biens une concession à un particulier, par exemple le droit de pêche ou encore celui de construire un établissement de bains au bord de la mer. Ce concessionnaire n'est certes pas protégé par les actions possessoires contre le concédant, car entre eux il ne peut être question que d'une simple détention ou d'une possession à titre précaire; dans le premier cas, le concédant n'a pas les actions possessoires, puisqu'il ne possède même pas et est un simple détenteur; dans le second cas, il a sans doute la possession, mais cette possession est précaire vis-à-vis du concédant. Toutefois, comme cette précarité est un vice purement relatif, on lui accordera les actions possessoires contre les autres personnes, tandis qu'on devrait les lui

(1) Req., 30 mars 1840, S. 40, 1, 417 ; civ. rej., 1er août 1855, S. 56, 1, 441 ; Grenoble, 25 juillet 1866, S. 67, 2, 225.

(2) Civ. cass., 23 août 1859, S. 59, 1, 910 ; Req., 24 juillet 1865, S. 65, 1, 346 ; civ. cass., 23 décembre 1865, S. 66, 1, 365 ; civ. cass., 19 février 1889, S. 89, 1, 203.

refuser, s'il était un simple détenteur. A ce dernier point de vue, il est donc fort important de savoir si la concession a conféré la simple détention ou la possession précaire. Cela dépend uniquement, bien entendu, de la volonté des parties contractantes. Mais on peut ajouter d'une manière plus précise qu'il y aura possession précaire ou détention suivant que, dans le cas où cette convention serait intervenue entre les particuliers, elle aurait créé un droit réel ou conféré seulement un droit personnel, tel que celui du fermier ou locataire.

On admet sans difficulté que la possession des servitudes personnelles est protégée par les actions possessoires, à la condition que ces servitudes portent sur des immeubles corporels placés dans le commerce (1). Dans ces circonstances, le demandeur à l'action possessoire n'est pas obligé, comme s'il s'agissait de servitudes réelles discontinues (2), de présenter un titre établissant son droit et prouvant par cela même que sa possession n'est pas précaire. Ces servitudes personnelles résistent en effet, par leur nature même, à toute présomption de possession précaire; elles sont trop onéreuses pour qu'on puisse supposer une simple tolérance de la part de celui qui les supporte.

On doit assimiler à ces servitudes personnelles, et non aux servitudes réelles discontinues, les droits d'usage dans les forêts, par exemple le droit d'y prendre du bois de chauffage, ou de maronage, la glandée, le pacage; aussi peuvent-ils s'établir autrement que par titre. Ces droits donnant la faculté d'enlever une partie des fruits de la forêt sont des droits de jouissance dont l'exercice ne saurait être réputé précaire. Par cela même qu'ils enlèvent au propriétaire une partie de ses revenus, ils ne peuvent être considérés, à la différence des servitudes réelles discontinues, comme le résultat d'une pure tolérance. Mais ces droits d'usage, qu'ils soient ou non fondés sur un titre, doivent être exercés conformément aux prescriptions du Code forestier (art. 61 à 85, art. 119 et 120). Autrement, un exercice irrégulier, même fondé sur un titre, ne pourrait constituer une possession conforme à la loi et cette possession ne saurait être protégée (3).

Pour résoudre la question de savoir si la possession des servitudes réelles est susceptible d'actions possessoires, il faut encore ici rechercher si cette possession est conforme à l'article 2229 du Code civil. Il est hors de doute que les servitudes dérivant de la situation des lieux et les servitudes légales sont susceptibles d'actions possessoires, leur possession n'étant pas entachée de précarité, puisqu'elle est fondée sur un titre qui est la loi elle-même. Telles sont les servitudes dont parlent les articles 640 et 643 du Code civil (4).

Quant aux servitudes dérivant du fait de l'homme, il faut distinguer entre les servitudes continues et les servitudes discontinues. Les premières sont susceptibles d'une possession conforme à l'article 2229, même si elles ne sont

(1) Civ. cass., 14 décembre 1840, S. 41, 1, 237.
(2) C'est ce qu'on verra un peu plus loin.
(3) Dijon, 20 février 1857, S. 57, 2, 614 ; req., 25 janvier 1858, S. 58, 1, 351.
(4) Req., 15 janvier 1849, S. 49, 1, 329; req., 3 avril 1852, S. 52, 1, 654; req., 19 décembre 1854, D. P. 55, 1, 73 ; Cass., 11 décembre 1860, S. 61, 1, 633; req., 3 décembre 1878, S. 79, 1, 296.

pas fondées sur un titre; ce qui le prouve, c'est qu'elles peuvent être acquises par la prescription; leur possession est donc toujours protégée par les actions possessoires, qu'il y ait titre ou non, pourvu qu'elle réunisse les conditions prescrites par la loi. Il faut notamment que la possession ne soit pas clandestine. Si la servitude était non apparente, sa possession manquerait d'une des conditions de l'article 2229 et ne serait pas protégée, à moins que la servitude ne fût établie sur un titre (1). S'agit-il d'une servitude discontinue, apparente ou non, pour pouvoir intenter l'action possessoire, il faut présenter un titre constitutif de la servitude émanant du véritable propriétaire. Ces servitudes ne peuvent en effet s'acquérir que par titre lorsqu'elles ne résultent pas de la loi; leur possession, en l'absence de titre, est toujours présumée précaire, à titre de tolérance, et cette présomption n'admet même pas la preuve contraire. C'est précisément parce que cette possession est nécessairement vicieuse qu'elle ne peut pas conduire à la prescription et qu'elle n'est pas protégée par les actions possessoires (2). Il peut arriver qu'il existe un titre, mais fourni par un autre que le propriétaire du fonds servant; même dans ce cas, la possession est irrégulière vis-à-vis du propriétaire de ce fonds. Sans doute le vice de précarité n'existe pas vis-à-vis de celui qui a constitué le titre, mais la présomption de tolérance subsiste vis-à-vis du véritable propriétaire (3). Lorsqu'au contraire la servitude discontinue est fondée sur un titre, celui-ci prouve par cela même qu'il ne s'agit plus de tolérance et la possession, réunissant les conditions de l'article 2229 du Code civil, est protégée. La Cour de cassation n'exige même pas, pour que le titre produit rende l'action possessoire recevable, que ce titre ait assez d'importance pour établir l'existence de la servitude discontinue; au possessoire, il suffit que le titre produit fasse présumer par ses énonciations que la possession a une base plus sérieuse que la tolérance et la précarité, et qu'elle peut être considérée comme l'exercice d'un droit (4). Mais il ne faut pas oublier que la présomption de précarité, résultant de l'absence d'un titre émané du véritable propriétaire, existe seulement vis-à-vis de celui-ci; on a vu, en effet, que le vice de précarité est purement relatif. Vis-à-vis de toutes autres personnes, la possession des servitudes discontinues et apparentes est protégée par les actions possessoires. Quoi qu'il en soit, on voit combien il est important de savoir si une servitude est continue ou discontinue et on sait que la question est controversée pour quelques-unes d'entre elles, notamment pour la servitude d'écoulement des eaux ménagères ou industrielles, lorsqu'elle se manifeste par des ouvrages apparents destinés à transmettre les eaux au fonds voisin (5). Comme exemples de servitudes

(1) Req., 18 juin 1842, S. 43, 1, 60; civ. cass., 18 juin 1851, S. 51, 1, 513; req., 18 avril 1853, S. 56, 1, 214; civ. cass., 5 décembre 1855, S. 56, 1, 216; civ. cass., 24 juin 1860, S. 60, 1, 317; req., 17 décembre 1861, S. 63, 1, 83; civ. rej., 19 juillet 1864, S. 64, 1, 361; req., 6 novembre 1871, S. 71, 1, 227; civ. cass., 1er juillet 1872, S. 72, 1, 235; civ. cass., 6 août 1872, S. 73, 1, 127; req., 10 février 1885, S. 87, 1, 263.

(2) Cass., 6 décembre 1871, S. 72, 1, 27.

(3) Req., 26 décembre 1865, S. 66, 1, 65; civ. cass., 6 décembre 1871, S. 72, 1, 27; civ. cass., 9 août 1886, S. 88, 1, 252; civ. cass., 26 juin 1888, D. P. 88, 1, 308.

(4) Req., 13 juin 1888, S. 88, 1, 408.

(5) La jurisprudence admet que ces servitudes sont discontinues. Parmi les auteurs,

discontinues, dont la possession n'est par conséquent protégée qu'autant qu'elle est fondée sur un titre, nous citerons notamment les droits de passage, de puisage, de pacage et autres semblables. Nous avons en vue ici le droit de passage considéré comme servitude conventionnelle : sa possession ne sera protégée qu'autant qu'elle sera apparente et fondée sur un titre. Mais il en est tout autrement de la servitude légale de passage en cas d'enclave. Celle-ci est toujours fondée sur un titre, qui est la loi elle-même, et sa possession est donc toujours aussi tout à fait régulière (1). Il ne faut pas non plus confondre avec la servitude de passage, conventionnelle ou légale, le cas où une personne passe sur un chemin en qualité de copropriétaire de ce chemin : il ne s'agit plus alors de posséder une servitude de passage, mais de posséder le chemin lui-même et cette possession sera protégée malgré l'absence de tout titre. Quant à la question de savoir si on possède comme propriétaire ou copropriétaire du chemin ou à titre de servitude, elle est de pur fait et se résout d'après l'examen des actes de possession (2).

Les servitudes négatives sont également susceptibles d'actions possessoires, bien que leur exercice ne se manifeste pas par des actes positifs, pourvu qu'elles soient fondées sur des titres émanant des véritables propriétaires des fonds assujettis.

On admet aujourd'hui, sans difficulté sérieuse, que les droits d'usage sur les eaux qui ne sont pas des dépendances du domaine public peuvent être protégés dans leur jouissance par les actions possessoires sous les conditions de l'article 2229. C'est ce qui a lieu notamment pour la jouissance d'une source au profit du propriétaire d'un fonds inférieur (3) ; pour l'usage d'un cours d'eau naturel non compris dans le domaine public (4) ; pour la jouissance des eaux pluviales qui tombent sur un terrain privé au profit du propriétaire du fonds qui les reçoit contre le propriétaire du fonds sur lequel elles découlent (5).

Mais nombre d'auteurs, et des plus récents, contestent encore aujourd'hui que la possession d'une chasse ou d'une pêche puisse exister dans des conditions qui permettent de la protéger. On en donne pour raison que la chasse et la pêche ne peuvent plus constituer des servitudes réelles, ce qui est vrai puisque ces servitudes doivent être aujourd'hui établies sur un fonds au

l'opinion contraire n'est professée que par M. Demolombe (t. XII, n° 712). MM. Aubry et Rau, qui professaient l'opinion de Demolombe, l'ont abandonnée. Voy. 5e éd., t. III, p. 119 note 9.

(1) Sur la question de savoir si en cas de servitude légale de passage pour cause d'enclave, il est nécessaire que le propriétaire dominant, pour être protégé par les actions possessoires, ait fait préalablement régler l'exercice de son droit de passage conformément à la loi, voy. Aubry et Rau, 5e éd., t. II, p. 191, note 27. La négative est aujourd'hui unanimement admise par la doctrine et par la jurisprudence et elle semble bien consacrée implicitement par la loi du 20 août 1881, dans le nouvel article 685 du Code civil.

(2) Ce que nous avons dit du passage exercé en qualité de copropriétaire s'appliquerait aussi au puisage et au pacage.

(3) Req., 2 août 1858, S. 59, 2, 733 ; civ. rej., 4 avril 1866, S. 67,1, 291 ; req., 6 mars 1881, S. 82, 1, 302; civ. rej., 11 juillet 1883, S. 85, 1, 118.

(4) Civ. cass., 3 juillet 1867, S. 67, 1, 321.

(5) Bordeaux, 7 janvier 1846, S. 46, 2, 210; req., 12 mai 1858, S. 59. 1, 431. Voy. cependant trib. de paix de Cormeilles, 1er septembre 1899, D. P. 1900, 2, 349.

profit d'un autre fonds et non en faveur d'une personne et de ses héritiers. Mais on oublie de remarquer que la chasse et la pêche peuvent être constituées de deux manières différentes : tantôt le concédant sera un simple locataire, tantôt on lui conférera un véritable droit d'usage limité à un certain emploi. Dans le premier cas, le locataire de la pêche ou de la chasse n'est qu'un simple détenteur ; il ne peut être question à son profit ni de possession, ni d'action possessoire. Dans le second cas, il s'agit d'un droit réel d'usage, et dès lors on ne voit pas pour quel motif la possession de ce droit d'usage, comme celle de tout autre droit de la même nature, ne serait pas protégée par les actions possessoires. Quant à la question de savoir si une personne exerce un droit de chasse ou de pêche en qualité de locataire ou d'usager, elle doit être tranchée en fait (1).

Il va sans dire que la possession de la superficie est protégée par les actions possessoires, puisqu'il s'agit ici d'une partie de l'immeuble lui-même. On ne discute plus aujourd'hui la question de savoir si le preneur jouit d'un droit réel ; il n'a manifestement qu'un droit personnel ; on doit donc le traiter comme un simple détenteur et non en qualité de possesseur. Mais pour le cas où il est troublé ou expulsé, à défaut d'action possessoire, on lui accorde une action en dommages-intérêts contre l'auteur du trouble ou de l'expulsion ; il peut aussi se retourner en garantie contre le bailleur qui est le véritable possesseur, et rien ne s'oppose à ce que celui-ci lui cède ses actions possessoires ; le preneur les exercera alors non pas en son nom personnel, mais comme cessionnaire du possesseur.

La question n'est pas encore aujourd'hui définitivement tranchée de savoir si l'emphythéose existe dans notre législation à titre de droit réel immobilier, d'ailleurs limitée à la durée de quatre-vingt-dix-neuf ans. Admet-on l'affirmative, la possession de l'emphythéose sera protégée par les actions possessoires ; admet-on la négative, l'emphythéote ne devient plus qu'un simple preneur à long terme et, comme il n'est alors qu'un détenteur, il faut lui refuser les actions possessoires. Mais on décide très généralement aujourd'hui que les concessions faites par l'État aux grandes compagnies de chemin de fer ont eu lieu avec l'intention, de la part du législateur, de conférer à ces compagnies un véritable droit réel d'emphythéose limitée à quatre-vingt-dix-neuf ans ; elles ont donc les possessions et les actions possessoires (2).

C. *Qui peut intenter les actions possessoires.* — Bien que les actions possessoires présentent souvent de sérieuses difficultés, elles n'ont cependant pas l'importance des actions pétitoires. Aussi la loi les soumet-elle à certaines dispositions moins rigoureuses que celles établies au pétitoire. A vrai dire, les actions possessoires ont une sorte de caractère préparatoire et provisoire. Les parties y prennent position en vue du pétitoire, qui les suivra le plus souvent. Aussi la loi assimile-t-elle volontiers les actions possessoires à des actes de simple administration, et ceux qui gèrent le patrimoine d'autrui ont qualité pour les intenter ou y répondre sans autorisation ou autre condition

(1) Voy. D. P. 71, 1, 49 et *Jur. gén.*, v^is *Actions possessoires*, n° 485.
(2) Cass., 5 novembre 1867, D. P. 68, 1, 116.

de même nature. De même, un mandataire général peut intenter une action possessoire sans avoir reçu un pouvoir spécial de son mandant, alors cependant que ce pouvoir serait nécessaire pour commencer un autre procès. Le tuteur peut aussi intenter les actions possessoires sans autorisation du conseil de famille ; le mineur émancipé sans aucune autorisation d'autrui ; le mari pour sa femme, sous tous les régimes où il a l'administration des biens de sa femme (art. 1428 et 1549 C. civ.). C'est la femme elle-même qui intente les actions possessoires, si elle est mariée sous le régime de séparation de biens ou, quant aux paraphernaux, sous le régime dotal. Mais, même dans ces deux cas, il lui faut l'autorisation de son mari ou de justice (art. 215 C. civ.), car il est de principe qu'une femme ne peut jamais ester seule en justice, à moins cependant qu'elle n'ait recouvré sa capacité civile par la séparation de corps. Le maire d'une commune peut aussi agir ou défendre au possessoire au nom de la commune sans l'autorisation du conseil de préfecture (loi du 5 avril 1884, art. 122).

D. *Règles communes aux diverses actions possessoires.* — Toute action possessoire suppose, en principe, qu'un possesseur a subi un trouble ou a même été dépossédé par violence. A plusieurs points de vue, il importe que cet état de choses ne se prolonge pas. D'abord, l'ordre public y est intéressé ; ensuite la preuve de ces faits peut disparaître assez facilement. Aussi la loi veut-elle qu'en principe toute action possessoire soit intentée dans l'année du trouble ou de la dépossession (art. 23 C. pr.). Au bout d'un an, la possession est perdue en cas de violence, ou est maintenue dans son nouvel état en cas de trouble. S'il s'est produit des troubles successifs et que quelques-uns remontent à plus d'une année, l'action n'est plus recevable que pour les troubles qui n'ont pas encore une année d'existence (1). Ce que nous venons de dire suppose que le trouble consiste dans un acte matériel exercé sur le fonds du possesseur ou dans un acte juridique dirigé contre sa possession ; le délai d'un an court alors du jour même où ces actes se sont produits. Mais si l'auteur du trouble ne s'est permis des travaux que sur son propre fonds, le trouble ne se produit plus nécessairement le jour même où ces travaux ont été commencés. Le plus souvent, il faut qu'ils soient arrivés à un certain état d'avancement pour porter atteinte à la possession et c'est seulement à ce moment que la prescription commence à courir (2).

Les actions possessoires sont de la compétence du juge de paix (loi du 25 mai 1838, art. 6). C'est le juge de paix de la situation de l'immeuble qui est plus spécialement compétent, mais il ne connaît de ces affaires qu'à charge d'appel au tribunal d'arrondissement. Quelle serait l'incompétence de ce tribunal, si une action possessoire lui était directement soumise ? Cette question rentre dans une difficulté plus générale, celle de savoir quelle est la nature de l'incompétence d'une juridiction d'appel lorsqu'on lui défère directement une affaire qui aurait dû lui arriver seulement au second degré. Nous nous sommes proposés pour l'incompétence absolue, mais la jurisprudence préfère la solution contraire (3).

(1) Civ. cass., 18 août 1880, D. P. 80, 1, 197.
(2) Req., 4 mai 1852, D. P. 52, 1, 123; req., 3 août 1852, S. 52, 1, 652.
(3) Req., 19 février 1894, D. P. 94, 1, 220.

Les actions possessoires s'instruisent devant le juge de paix, suivant la procédure de cette juridiction. Ainsi, elles ne sont soumises qu'à ce qu'on appelle « la petite conciliation », mais elles peuvent être intentées contre les départements ou les communes, sans le dépôt préalable du mémoire en général exigé par la loi des 28 octobre-5 novembre 1790, titre III, article 15. C'est ce qui résulte, pour les départements, de la loi du 10 août 1871, article 55, et, pour les communes, de la loi du 5 avril 1884, article 124. Il n'existe pas de texte analogue pour les actions possessoires formées contre l'État, mais on donne cependant très généralement la même solution par identité de motif.

Pour bien comprendre les difficultés que soulèvent actuellement les actions possessoires, quelques indications historiques, aussi brèves que possible, sont tout à fait indispensables.

Chez les Romains, les actions possessoires existaient sous forme d'interdits créés par le préteur et on distinguait le possessoire du pétitoire, pour les meubles comme pour les immeubles. S'agissait-il de la possession d'un immeuble, le possesseur était garanti contre les simples troubles par l'interdit *uti possidetis* qui le faisait maintenir en possession, pourvu que celle-ci ne fût ni violente, ni clandestine, ni précaire (*nec vi, nec clam, nec precario*). S'il y avait eu dépossession violente, on aurait accordé l'interdit *unde vi*. On remarquera que le droit romain ne s'occupait pas en matière immobilière de la durée de la possession : il protégeait le possesseur actuel, quelque courte qu'eût été cette possession. En matière mobilière, il en était autrement et le préteur, au moyen de l'interdit *ut rubi*, donnait gain de cause, au possessoire, à celui des deux plaideurs qui avait possédé *majore parte anni*, c'est-à-dire à celui des deux qui avait possédé le plus longtemps le meuble dans l'année qui avait précédé la délivrance de l'interdit.

Dans notre ancien droit, cette théorie se transforma de bonne heure, surtout dans les pays de coutume, sous l'influence de certains principes, les uns empruntés au droit canonique, les autres inspirés par de vieux usages germaniques. Pour rendre les violences aussi rares que possible dans des temps de trouble comme ceux du moyen âge, le droit canonique avait imaginé le principe *spoliatus ante omnia restituendus*. Quiconque était victime d'une spoliation devait, avant qu'on s'occupât d'aucune autre question, être restitué, que la violence eût porté sur une personne, sur un meuble ou sur un immeuble ; peu importait aussi que le spolié eût été un possesseur ou un simple détenteur.

Pendant la première partie de l'époque féodale, l'action possessoire n'était accordée qu'à celui qui avait été dépossédé, avec ou sans violence, peu importe. Au temps de Beaumanoir et sous l'influence de ce jurisconsulte, on compte trois actions possessoires : l'action de trouble, à l'effet de se faire maintenir en possession, l'action de nouvelle dessaisine pour s'y faire réintégrer et l'action de force qui, à la différence de la précédente, suppose nécessairement une dépossession violente. La première de ces actions se rapproche de l'interdit *uti possidetis*, et la dernière de l'interdit *unde vi*. Sous l'influence du droit romain et de vieux usages germaniques combinés, ces actions doivent être intentées, non plus dans l'année, mais dans l'an et jour du trouble. Toutes trois supposaient une possession *nec vi, nec clam, nec pre-*

*cario*. Elles exigeaient aussi une possession annale d'an et jour de la part de ceux qui les intentaient. Ce principe remontait directement à d'anciens usages germaniques. En droit romain, c'était toujours, on s'en souvient, en matière immobilière, la possession actuelle qui était protégée, sans qu'on s'occupât de sa durée. Dans le très ancien droit coutumier et dans le droit germanique, on appelait vraie saisine celle qui avait duré pendant un an et un jour par opposition à la saisine simple qui était plus courte. La saisine vraie se confondit même pendant un certain temps avec le droit de propriété. Lorsqu'elle s'en dégagea, elle constitua une possession privilégiée, seule garantie par les actions possessoires, à l'exclusion de la saisine simple.

L'action de trouble prépara ainsi la complainte, de même que l'action de force précéda la réintégrande. Quant à l'action de nouvelle dessaisine, elle disparut comme inutile, pendant que la réintégrande se développait dans le sens du droit canonique et était accordée même à celui qui n'avait pas une possession annale. Certains jurisconsultes allaient même jusqu'à accorder la réintégrande aux simples détenteurs, mais la plupart d'entre eux exigeaient la qualité de possesseur (1).

Quelques-uns, sous l'influence du droit romain et en l'interprétant maladroitement, ont introduit, pendant la dernière partie du moyen âge, une nouvelle action possessoire qu'ils ont appelée dénonciation de nouvel œuvre (2). En droit romain, cette expression se rapportait à un acte extrajudiciaire et pétitoire, par lequel une personne défendait à un voisin de continuer des travaux qu'il avait commencés sur son propre fonds, sous prétexte qu'ils nuisaient à son droit, par exemple, à un droit de servitude. On considérait le dénonçant comme renonçant au possessoire et il prenait même l'engagement d'agir au pétitoire pour prouver son droit. Enfin, la dénonciation de nouvel œuvre des Romains était un moyen extrajudiciaire.

C'est ce que ne comprirent pas nos anciens jurisconsultes ; ils firent de la dénonciation de nouvel œuvre une action possessoire dont ils ne parvinrent jamais à déterminer l'application d'une manière bien précise. Aussi ne pénétra-t-elle pour ainsi dire pas dans la pratique et finit-elle même par tomber dans l'oubli (3). Au XVI[e] siècle, ceux qui s'en occupent encore l'assimilent, en réalité, à la complainte (4).

En dernier lieu, l'ordonnance de 1667, tit. XVIII, ne parle plus que de deux actions possessoires, la complainte et la réintégrande ; l'une protège contre les simples troubles et permet de se maintenir en possession ; l'autre procure la restitution d'une possession perdue. L'ordonnance veut que ces deux actions soient intentées dans l'an et jour du trouble ; mais elle ne

(1) Imbert, *Pratique judiciaire*, liv. I, chap. 17.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, éd. Beautemps-Beaupré, t. II, p. 393; Bouteiller, *Somme rurale*, liv. II, tit. 32. Voy. aussi liv. I, tit. 20 ; *Grand coutumier de France*, éd. Laboulaye et Dareste, p. 88.

(3) Voy. pour plus de détails l'article que j'ai publié dans la *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, année 1890, t. XIV, p. 627 et suiv. et sur la théorie générale des coutumes en matière d'action possessoire avant leur rédaction officielle, ce qui est exposé dans l'*Histoire du droit et des Institutions de la France*, t. VII, p. 272 et 285.

(4) Voy. par exemple Papon, *Recueil d'arrêts notables*, liv. VIII, tit. 4, art. 8.

parle pas de la question de savoir quelle doit être la durée de la possession ni des autres caractères qu'elle doit réunir. Cette question n'a donc pas soulevé de difficultés à cette époque, et le silence de l'ordonnance prouve qu'on a voulu maintenir les usages en vigueur. Or ceux-ci s'étaient fixés en ce sens que les deux actions protégeaient la possession, mais non la détention. De plus, la complainte supposait une possession d'an et jour, tandis que cette condition n'était pas imposée à celui qui recourait à la réintégrande. « Pour intenter la complainte, dit très nettement Denisart, il faut avoir la possession d'an et jour dans le dernier temps et y être troublé ; pour demander la réintégrande, la possession actuelle au temps où on a été dépossédé suffit. » (1) La possession d'an et jour était donc protégée d'une manière complète, soit contre les troubles de possession, soit contre la dépossession. Au contraire, la possession non annale n'était pas protégée contre le simple trouble, mais seulement contre la dépossession violente. Il ne faut pas oublier que le possesseur annal avait toujours le droit d'agir au pétitoire pour faire cesser le trouble. D'un autre côté, la réintégrande n'était accordée qu'au possesseur; on la refusait au simple détenteur, sauf le recours de celui-ci, du fermier, par exemple, contre celui de qui il tenait la chose (2). Notre ancien droit n'allait donc pas aussi loin que le droit canonique qui accordait le *remedium spolii* à toute personne dépossédée par violence ou clandestinement, soit d'une chose quelconque, soit même d'une autre personne, comme son fils, sa fille, sa femme. Mais ces principes du droit canonique continuaient à être observés dans les juridictions ecclésiastiques pour les affaires de leur compétence.

La loi des 16-24 août 1790 ne désigna pas les actions possessoires par leurs noms et le Code de procédure en fit autant. Il se borna à dire que « les actions possessoires ne seront recevables qu'autant qu'elles auront été formées dans l'année de trouble par ceux qui, depuis une année au moins, étaient en possession paisible, par eux ou les leurs, à titre non précaire ». De cette disposition résultent les règles suivantes : les actions possessoires se prescrivent par un an ; elles ne sont accordées qu'à ceux qui ont une possession régulière et annale à la fois (3). Mais quelles sont ces actions possessoires ? La loi ne le dit pas ; elle semble aussi les refuser complètement à celui qui n'a pas une possession annale, alors qu'autrefois, on s'en souvient, on lui accordait tout au moins la réintégrande. L'insuffisance de l'article 23 a été la cause de bien des controverses et a provoqué des tentatives en faveur de systèmes très différents; la Cour de cassation essaya même de faire renaître la dénonciation de nouvel œuvre. La confusion était telle que, pour y mettre un terme, on profita de la loi du 25 mai 1838 sur la compétence des juges de paix, pour énumérer dans son article 6 les différentes actions possessoires. Le législateur en relève trois : la complainte, la réintégrande, la dénonciation de nouvel œuvre et, dans la crainte d'être incomplet, il ajoute

(1) Denisart, v° *Complainte*; Rousseau de Lacombe, *cod.* v°.

(2) Jousse, sur le titre XVIII de l'ordonnance de 1667 ; Pothier, *Traité de la possession*, nos 114 et suiv.

(3) On remarquera que la loi ne parle plus ni de possession, ni de prescription d'an et jour ; un an suffit et on a supprimé le jour supplémentaire.

que les autres actions possessoires sont également de la compétence du juge de paix, disposition absolument inutile, car ces autres actions n'existent pas.

Il aurait fallu, après avoir énuméré les différentes actions possessoires, les définir et déterminer leurs caractères. Comme la loi ne l'a pas fait, il en est résulté de nouvelles controverses, surtout à l'occasion de la réintégrande et de la dénonciation de nouvel œuvre. On s'entend, au contraire, très généralement sur la complainte, qui peut être considérée comme le type de l'action possessoire.

E. *La complainte.* — La complainte est une action possessoire par laquelle le possesseur est protégé contre les simples troubles et à plus forte raison contre la dépossession, pourvu que sa possession soit régulière et annale. Pour que la possession soit annale (1), on peut y joindre celle de son auteur sous les conditions établies par le Code civil pour la prescription. En outre, la possession doit réunir les six conditions prescrites par l'article 2229 du Code civil. Nous accorderons donc la complainte à celui qui possède à titre de propriétaire, d'usufruitier, même s'il possède par indivis, mais nous la refuserons aux simples détenteurs pour le compte d'autrui, fermiers, locataires, mandataires. Quant à celui qui possède d'une manière vicieuse, par violence, clandestinement ou à titre précaire (dans le sens romain du mot), il n'a pas la complainte contre la victime de la violence ou de la clandestinité, ni contre le concédant à titre précaire, mais il peut s'en prévaloir vis-à-vis de toute autre personne. Il faut aussi refuser la complainte à celui dont la possession est équivoque (2).

Peu importe que le possesseur soit de bonne ou de mauvaise foi; cette distinction, fort utile au point de vue de la prescription, ne l'est pas sous le rapport des actions possessoires. Mais si le possesseur de bonne ou de mauvaise foi à titre de propriétaire a la complainte, à plus forte raison en est-il de même du véritable propriétaire ou de celui qui a un droit réel sur l'immeuble, du moment qu'il est en même temps possesseur. En fait, et même le plus souvent, c'est le propriétaire qui est en même temps le possesseur et qui profite des actions possessoires; il n'arrive que très rarement que l'on soit possesseur sans avoir la propriété.

Il peut se faire que le défendeur à la complainte conteste au demandeur sa possession. Celui-ci peut alors la prouver de toute manière, même par témoins (art. 24 C. pr.). L'enquête se fait dans les formes prescrites pour la procédure des juges de paix, soit à la demande de l'une des parties, soit même d'office, mais le juge de paix n'est jamais tenu d'y recourir et il a le droit de statuer tout de suite sur la contestation, s'il estime que l'enquête ne serait pas concluante. Tout cela n'est que l'application du droit commun.

L'action en complainte suppose nécessairement un trouble de fait ou de droit qu'elle a pour objet de faire cesser. Le trouble implique toujours de la part de son auteur, qui jouera le rôle de défendeur, la prétention à un droit sur l'immeuble possédé par le demandeur. Il est de fait, s'il consiste dans un

(1) Trib. d'Aix, 18 janvier 1899, D. P. 99, 2, 147.
(2) Req., 17 janvier 1898, D. P. 98, 1, 459; req., 20 mars 1899, D. P. 99, 1, 446.

acte matériel; de droit, s'il consiste dans une prétention juridique. L'un et l'autre produisent d'ailleurs les mêmes effets (1). Qu'un passant jette, par exemple, une pierre dans un immeuble bordant la route et y cause quelques dégâts ; cette voie de fait n'est pas un trouble de possession, parce qu'elle émane d'une personne qui n'émet aucune prétention sur l'immeuble ; il n'y a donc pas lieu à complainte, mais rien ne s'oppose à ce que le propriétaire, s'il a éprouvé un préjudice, intente une action personnelle en dommages-intérêts (2). Il faut donner la même solution pour le cas où une personne a entamé avec sa charrue le champ du voisin, sans intention de contester la possession de celui-ci (3).

Pour savoir s'il y a trouble, il faut s'attacher moins à la nature du fait qu'au résultat qu'il produit en ce qui concerne la possession. Le même fait peut, suivant les circonstances, constituer ou non un trouble : le passage sur le fonds du possesseur sera un trouble s'il implique, de la part de celui qui passe, prétention à une servitude et pourra donner lieu à l'action en complainte; il en sera autrement si le passage a été purement accidentel, par exemple pour abréger la route. Dans ce dernier cas, il n'y a plus trouble, et si un dommage a cependant été causé, il ne pourra donner lieu qu'à une action personnelle en indemnité qui sera de la compétence du juge de paix ou du tribunal d'arrondissement du défendeur, selon que la somme réclamée ne dépassera pas ou excédera 200 francs.

Les faits de trouble autorisent la complainte, bien qu'ils n'aient encore occasionné aucun dommage à celui qui veut la former ou même qu'ils ne soient pas de nature à lui causer un préjudice matériel. L'intérêt qu'il a de faire connaître ou respecter sa possession, suffit à lui seul et indépendamment de tout dommage éprouvé pour motiver la complainte (4).

On s'est demandé si des travaux exécutés par une autorité publique et de nature à troubler la possession peuvent autoriser la complainte. Si ces travaux ont été entrepris dans un intérêt public, par exemple par mesure de sûreté, de salubrité, et qu'il en soit résulté une véritable expropriation, la complainte, ou même la réintégrande, peut être intentée, non pour se faire maintenir ou réintégrer en possession, mais pour constater le droit à une indemnité. Tel serait le cas où on aurait abattu une maison pour arrêter les progrès d'un incendie qui menaçait de s'étendre. Si les travaux n'ont causé qu'un simple dommage permanent ou temporaire, il n'y a plus lieu à complainte, mais seulement à action en indemnité devant le conseil de préfecture (loi du 28 pluviôse an VIII, art. 4) (5). Dans ce qui précède, nous avons toujours supposé des travaux entrepris dans l'intérêt général et social par l'État, le département ou la commune procédant comme personne publique mais s'il s'agissait de travaux faits à l'occasion du domaine privé, la

(1) Req., 21 janvier 1896, D. P. 96, 1, 550; civ. cass., 27 novembre 1895, D. P. 96, 1, 247.
(2) Req., 27 février 1899, D. P. 99, 1, 244.
(3) Req., 26 mai 1892, D. P. 93, 1, 16.
(4) D. P. 1883, 1, 129, note 1; civ. cass., 1er mai 1899, D. P. 90, 1, 479.
(5) Req., 4 novembre 1846, S. 48, 1, 309; civ. cass., 8 novembre 1864, S. 64, 1, 495; req., 9 janvier 1856, S. 56, 1, 317; civ. cass., 17 juillet 1867, D. P. 67, 1, 312; civ. rej., 2 juillet 1877, S. 77, 1, 37.

complainte serait admise contre l'État, le département ou la commune, comme contre un simple particulier.

On entend par trouble de droit toute attaque par acte judiciaire ou extrajudiciaire impliquant contestation de la possession. Il y aurait trouble de droit pour le bailleur, si un tiers signifiait congé à son fermier, ou bien encore si un tiers défendait, par exploit d'huissier, à un possesseur de faire des constructions; de même le prévenu, traduit en justice répressive en vertu d'un procès-verbal dressé à la requête de l'État, d'une commune ou d'un particulier, peut considérer ce procès-verbal comme un trouble à sa possession, en soutenant qu'il s'est borné à user de son droit (1); de même encore, l'arrêté administratif qui déclare chemin rural un sentier, par cela même qu'il implique de la part de la commune la prétention de comprendre le sol même du chemin dans le domaine public municipal, constitue un trouble de droit vis-à-vis du possesseur du fonds sur lequel la commune prétend passer (2). Le trouble de droit peut également résulter d'une contestation judiciaire sur la possession; aussi reconnaît-on au défendeur à la complainte le droit de former une demande reconventionnelle de même nature, par la raison que l'action dirigée contre lui constitue un trouble à sa possession (3). Mais l'action en revendication ne cause pas un trouble de droit, car loin d'emporter contestation quant à la possession, elle implique de la part du demandeur reconnaissance de la possession au profit de son adversaire.

Si la complainte est accordée à celui qui a la possession légitime et annale, à raison d'un simple trouble de fait ou de droit, à plus forte raison peut-elle être intentée par celui qui a été dépossédé en totalité ou en partie.

En cas de trouble, elle est dirigée contre l'auteur de ce trouble ou ses héritiers. Mais il ne faut pas oublier que cette action est réelle immobilière et non pas personnelle. Elle se transmet activement aux héritiers du demandeur ou plus exactement de la victime du trouble et passivement contre les héritiers de l'auteur du trouble. La complainte peut être valablement intentée, même contre celui qui se dit propriétaire de l'immeuble, ou contre celui qui prétend avoir agi comme mandataire d'un tiers, sauf son droit de mettre en cause le mandant.

Lorsque la complainte a pour objet la restitution d'une partie ou même de la totalité de l'immeuble, on l'accorde contre quiconque possède actuellement tout ou partie de cet immeuble, même de bonne foi. Il n'y a pas lieu de rechercher, au point de vue de la possession, si le défendeur à la complainte est l'auteur même du fait, ou son successeur, ou un tiers; c'est la conséquence de ce que la complainte forme une action réelle immobilière. Si le demandeur prétend qu'il a droit à des dommages-intérêts, cette prétention ne peut être dirigée que contre l'auteur même du trouble ou son héritier.

Le trouble de fait se prouve d'une manière quelconque, notamment par enquête, expertise, descente sur lieux. Le trouble de droit s'établit par la présentation des actes qui l'ont produit.

L'action en complainte échoue si l'une des conditions prescrites par la loi

(1) Civ. cass., 18 août 1880, S. 82, 1, 398.
(2) Civ. cass., 15 avril 1890, D. P. 90, 1, 442.
(3) Req., 14 mai 1877, S. 78, 1, 322.

fait défaut et, par exemple, si la possession n'est pas annale ou conforme à l'article 2229 du Code civil. Il en est de même si, malgré la réunion des conditions de la loi quant à la possession, le trouble n'existe pas ou n'est pas prouvé.

Si la possession est régulière et si le trouble est prouvé, le juge de paix doit ordonner les mesures nécessaires pour le faire cesser ; il peut, en outre, condamner à des dommages-intérêts l'auteur de ce trouble ou ses héritiers. Il reste compétent quel que soit le montant des dommages-intérêts qui sont ici un accessoire du possessoire et, au possessoire, la loi n'apporte aucune limite à la compétence du juge de paix, sauf appel au tribunal d'arrondissement. Lorsque le trouble résulte de travaux entrepris par le défendeur, le juge de paix doit toujours en ordonner la démolition, sans qu'il y ait lieu de distinguer si les travaux sont achevés ou en voie d'exécution, ni de se préoccuper du procès qui pourra naître au pétitoire. Certaines personnes ont autrefois pensé que le juge de paix doit respecter les travaux s'il estime que le défendeur qui les a faits, après avoir succombé au possessoire, triomphera au pétitoire. C'est là une grave erreur. Si le juge de paix procédait ainsi, il commettrait deux fautes : il y aurait déni de justice, il annulerait le pétitoire et le possessoire (1). On ne voit plus, en outre, quelle pourrait être, dans ces circonstances, l'utilité sérieuse de l'action possessoire. Dans un seul cas il est interdit au juge de paix d'ordonner la destruction des travaux : c'est celui où ils ont été entrepris en vertu d'ordres émanés de l'autorité administrative exerçant son pouvoir réglementaire (2) ou encore s'il s'agit de travaux publics régulièrement autorisés. Le juge de paix ne doit pas non plus se préoccuper, en ordonnant la destruction de travaux, de rechercher s'ils ont été faits sur le fonds du demandeur ou sur celui du défendeur ; du moment qu'il y a trouble, la complainte est recevable, même si ce trouble résulte de faits commis par le défendeur sur son propre fonds et même si ces faits consistant dans des travaux, ceux-ci ne sont pas encore achevés. Mais dans ce dernier cas, si le trouble n'existait pas encore, la complainte serait refusée. La loi a d'ailleurs admis, comme nous le verrons bientôt, une autre action possessoire pour protéger le possesseur contre un trouble purement éventuel : c'est la dénonciation de nouvel œuvre qui forme la troisième action possessoire. D'un autre côté, dès que le trouble existe, la complainte est admise, lors même que le préjudice serait éventuel (3).

F. *La réintégrande.* — La seconde action est la réintégrande. La doctrine et

(1) La Cour de cassation a cependant admis que le juge de paix, statuant au possessoire, tout en ordonnant la destruction totale des travaux, pouvait, s'il lui paraissait évident que la partie qui succombe au possessoire aurait gain de cause au pétitoire, ordonner que la destruction n'aurait lieu qu'autant que le défendeur au possessoire se pourvoirait au pétitoire dans un délai déterminé. Ce système, sans être très juridique, peut se justifier par l'intérêt pratique attaché à certains cas spéciaux. Cass., 6 décembre 1871, D. P. 72, 1, 36.

(2) Il en serait autrement, par *a contrario*, s'il s'agissait de la destruction de travaux exécutés en vertu d'ordres donnés par l'autorité administrative dans un intérêt privé. Civ. cass., 18 avril 1866, D. P. 66, 1, 249 ; civ. cass., 22 janvier 1868, D. P. 68, 1, 197 ; req. 9 janvier 1872, D. P. 72, 1, 41.

(3) Trib. de paix de Tulle, 15 novembre 1899, D. P. 1900, 2, 361.

la jurisprudence sont loin de s'entendre, encore aujourd'hui, sur la nature de cette action. C'est qu'en effet elle n'est pas directement mentionnée dans le Code de procédure. On n'en relève le nom que dans l'article 2060 du Code civil et dans l'article 6 de la loi du 25 mai 1838. Dans une première opinion, on prétend qu'elle présente les mêmes caractères et est soumise aux mêmes conditions que la complainte ; celle-ci est accordée pour se faire maintenir en possession et celle-là pour s'y faire réintégrer, mais, dans les deux cas, il faut une possession annale et conforme à l'article 2229 du Code civil. Sous l'empire de l'ordonnance de 1667, et à raison du silence de l'ordonnance, on discutait sur le point de savoir si la réintégrande exigeait, comme la complainte, une possession d'an et jour. Les rédacteurs du Code de procédure ont mis terme à cette controverse en décidant, d'une manière générale, dans leur article 23, que les actions possessoires protègent seulement ceux dont la possession a duré au moins un an. Cette interprétation est aussi confirmée par l'article 2243 du Code civil, duquel il résulte que, quand le possesseur actuel n'a pas l'immeuble depuis un an au moins dans ses mains, la précédente possession n'est pas interrompue. Sans doute, il ressort de là que la possession non annale n'est pas protégée pour elle-même, qu'elle constitue un simple fait sans droit de possession, mais il ne faut pas oublier que si ce possesseur non annal est réellement propriétaire ou a un droit réel, il peut agir au pétitoire et qu'en outre, s'il a éprouvé un préjudice injuste, il a une action personnelle en dommages-intérêts (art. 1382 C. civ.). N'est-il pas naturel enfin de ne considérer la possession non annale que comme un simple fait, bien qu'elle réunisse les conditions de l'article 2229 du Code civil? Sa durée est trop courte pour qu'il puisse en naître un véritable droit réel protégé par les actions possessoires.

Ce système est aujourd'hui très généralement abandonné. C'est qu'en effet il revient à confondre les deux premières actions possessoires, la complainte et la réintégrande, en une seule. N'avons-nous pas vu que la complainte protège le possesseur annal, non seulement contre les simples troubles, mais encore et à plus forte raison contre la dépossession? Quelle peut alors être pour lui l'utilité de la réintégrande? On ne le voit pas. Ce qu'on voit, c'est qu'en exigeant les mêmes conditions pour la réintégrande que pour la complainte on en arrive à faire rentrer la première action dans la seconde. La réintégrande serait encore la complainte, mais limitée au cas de dépossession. Or le législateur a certainement voulu donner à la réintégrande une existence propre et, pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'elle présente des caractères particuliers.

Dans un second système tout à fait opposé, on accorde la réintégrande à quiconque a été dépossédé par violence, par application du principe : *Spoliatus ante omnia restituendus* ; on la donne même au simple détenteur, tel que le fermier, même à celui qui ne possède pas conformément à l'article 2229 du Code civil. Ainsi comprise, cette action se rapproche des actions possessoires, en ce qu'elle protège la possession et la détention contre la violence, en ce qu'elle est de la compétence du juge de paix, en ce qu'elle doit être intentée dans l'année de la dépossession, en ce qu'elle exige, du moins d'après certains auteurs ou arrêts, une possession ou une détention publique. Mais,

sous tous les autres rapports, elle s'éloigne des véritables actions réelles possessoires. Quoiqu'elle soit de la compétence du juge de paix de la situation de l'immeuble, elle devient une action personnelle en restitution et en dommages-intérêts fondée sur un délit civil. Aussi ne peut-on l'accorder que contre l'auteur de la dépossession et ses successeurs universels ; contre ses successeurs à titre particulier, elle ne sera permise qu'autant qu'ils auront été complices de l'acte illégitime ; contre les tiers, elle est absolument impossible, tandis que la complainte s'accorde contre tout possesseur actuel de l'immeuble, même de bonne foi. De même, si la réintégrande est une action personnelle et si le défendeur est insolvable, le demandeur n'étant qu'un créancier ne peut pas, en cette qualité, se faire établir en possession du fonds litigieux par préférence aux autres créanciers, sauf à lui à recourir aux moyens pétitoires qu'il peut avoir à sa disposition, tandis que si la réintégrande était une action réelle, il devrait être immédiatement remis en possession, le fonds litigieux serait-il le gage unique des créanciers du défendeur.

C'est précisément parce que ce second système dénature complètement la réintégrande et ne lui laisse que le nom d'action possessoire, tout en lui retirant le caractère de ces actions, qu'il faut l'écarter. Il est absolument contraire à la tradition historique. Dans notre ancien droit, on n'accordait la réintégrande qu'au possesseur et on la refusait au simple détenteur sous l'empire de l'ordonnance de 1667. L'article 23 du Code de procédure, en refusant les actions possessoires à ceux qui possèdent à titre précaire, c'est-à-dire aux simples détenteurs, a entendu reproduire l'ancien droit. D'ailleurs le simple détenteur, il ne faut pas l'oublier, ne reste pas sans protection : il a un recours en garantie contre son auteur et une action en dommages-intérêts contre l'auteur de la dépossession.

Il est peu de questions sur lesquelles la Cour de cassation éprouve encore aujourd'hui plus d'hésitations. Un grand nombre d'arrêts et des plus récents se prononcent dans le sens de cette seconde solution (1), mais on en peut citer d'autres qui préfèrent le troisième système (2).

D'après ce troisième système, la réintégrande est accordée au possesseur, même non annal, pour recouvrer la possession qui lui a été enlevée même par violence, à la condition que cette possession réunisse les caractères prescrits par l'article 2229 du Code civil. Telle était la doctrine générale sous l'empire de l'ordonnance de 1667, et si les rédacteurs du Code ne s'en sont pas expliqués, pas plus que ceux de la loi du 25 mai 1838, c'est précisément parce qu'ils ont entendu s'en tenir au système de l'ancien droit. Cette troisième solution échappe au reproche adressé aux deux autres : elle ne confond pas la réintégrande dans la complainte, puisqu'elle accorde la réinté-

(1) Civ. cass., 2 juillet 1862, S. 62, 1, 836; req. 29 avril 1865, S. 65, 1, 223; req., 4 mai 1868, D. P. 68, 1, 332; req., 22 janvier 1878 et civ. cass., 27 février 1878, S. 78, 1, 216; Cass., 25 juin 1889, D. P. 90, 1, 151; civ. cass., 17 novembre 1891, D. P. 92, 1, 424.

(2) On les trouvera dans Aubry et Rau, 5e éd., t. II, p. 250, § 189, note 4. Nous renvoyons aux savants auteurs, parce que, dans le même passage, ils nous attribuent une opinion qui n'est pas la nôtre. Voy. en outre : Civ. cass., 2 juillet 1862, D. P. 62, 1, 364; civ. cass., 14 mars 1876, S. 76, 1, 266; civ. rej., 15 juin 1898, D. P. 99, 1, 379; civ. rej., 12 juin 1899, ibid.

grande au possesseur non annal qui est privé de la complainte; elle ne dénature pas la réintégrande et lui conserve, au contraire, sous tous les rapports, les caractères d'une action réelle immobilière. Ainsi, elle est accordée, non pas seulement contre l'auteur de la dépossession et ses successeurs universels, mais même contre les ayants cause à titre particulier qui n'ont pas participé à la fraude, même contre les tiers de bonne foi. Il est vrai que l'article 23 du Code de procédure semble exiger, pour toutes les actions possessoires, une possession annale; cette règle s'appliquera en effet sans difficulté à la complainte et à la dénonciation de nouvel œuvre, mais par cela même que le Code civil (art. 2060) et la loi du 25 mai 1838 (art. 6) mentionnent la réintégrande, ils admettent que le principe de l'annalité de la possession comporte exception dans ce cas, puisque, autrement, la réintégrande serait supprimée et confondue dans la complainte.

De ce qui précède, il résulte qu'il faut donc, au point de vue de la possession, distinguer trois catégories de personnes : les simples détenteurs, qui n'ont jamais été protégés par aucune action possessoire, parce qu'en effet, du moment qu'ils reconnaissent le droit d'autrui, ils n'ont pas l'intention de se conduire comme propriétaires et ne peuvent prétendre à un droit de possession; ceux qui ont la possesion annale et qui, à raison même de la perfection de cette possession, jouissent du droit réel de possession garanti par toutes les actions possessoires; ceux enfin qui ont encore une véritable possession, mais d'une durée inférieure à une année. Ces derniers sont placés dans une situation spéciale: les actions possessoires ne les protègent pas contre les troubles, mais ils sont garantis contre la dépossession (1). Il ont donc, à vrai dire, à raison même de l'imperfection actuelle de leur possession, un simple droit de possession partielle et, à raison des troubles qu'ils peuvent subir, ils ne peuvent agir qu'en dommages-intérêts.

Il peut ainsi arriver que plusieurs possessions se trouvent en conflit. Tel serait le cas où un possesseur non annal serait dépossédé par une personne qui avait possédé précédemment pendant plus d'une année, sans qu'il se soit cependant écoulé une année depuis la perte de sa possession. Or il résulte de l'article 2243 du Code civil que, quand le possesseur actuel n'a pas l'immeuble depuis au moins un an, la possession n'est pas interrompue. Que décider en pareil cas ? Il est hors de doute que le possesseur non annal, expulsé au moyen de violence par un possesseur annal antérieur qui a repris l'immeuble, doit être restitué dans sa possession, car la possession de son adversaire est devenue vicieuse; en d'autres termes, l'action en réintégrande réussira même contre celui qui opposerait une complainte sous forme de demande reconventionnelle, parce que la possession de celui qui intente la complainte est devenue vicieuse par l'effet de sa violence. La solution contraire conduirait à dire qu'il est permis à un possesseur annal d'employer la violence pour reprendre le bien contre un possesseur non annal, alors que les voies de fait sont, d'une manière générale, interdites dans notre droit. Le possesseur annal, étant protégé par la complainte, serait d'autant moins

(1) Ainsi, ils ne pourraient pas intenter la réintégrande pour se faire protéger contre le simple trouble, car la réintégrade suppose nécessairement dépossession. Civ. cass., 10 mai 1897, D. P. 98, 1, 105; req., 21 juillet 1897. D. P. 98, 1, 345.

excusable de recourir à la force. On donnerait bien entendu la solution contraire si le possesseur annal antérieur était rentré en possession sans violence : sa possession, étant demeurée régulière, devrait l'emporter par l'effet de la complainte reconventionnelle qu'il opposerait au demandeur en réintégrande. De deux possessions, l'une annale, l'autre non annale, la première étant seule conforme à la loi, doit l'emporter sur la seconde à laquelle n'est pas encore attaché un droit réel de possession sanctionné par des actions, sauf dans le cas de violence.

Le conflit entre deux possessions annales régulières supposera presque toujours que la plus ancienne possession a été interrompue pendant plus d'un an et ce sera dès lors la plus récente qui devra l'emporter. Si les deux possessions, d'ailleurs régulières, étaient non annales l'une et l'autre, elles ne produiraient pas le droit de possession et le juge de paix devrait respecter l'état de fait actuel, ce qui revient à faire triompher la possession la plus récente. Nous supposons toujours des possessions régulières, parce qu'il est évident que si l'une était vicieuse elle devrait succomber, de même qu'entre un possesseur annal et un possesseur non annal, on préférera toujours le premier au second.

Nous avons parlé, dans ce qui précède, de deux possessions exclusives l'une de l'autre. Si les deux parties établissent, chacune à son profit, une possession légitime et non exclusive, le juge doit les maintenir cumulativement, en supposant que les possessions consistent dans des faits identiques, comme, par exemple, si les deux possesseurs ont joui en commun d'une cour, d'une prairie, d'une haie, d'un fossé ; ont-il fait des actes de jouissance distincts et, par exemple, l'un a-t-il possédé la prairie sans faucher l'herbe, l'autre ayant usé de ce droit, chacun sera maintenu dans les limites de sa possession ancienne. Lorsque le juge de paix éprouve quelque embarras, il a le droit de nommer un séquestre (1) ou encore d'accorder la récréance (2), c'est-à-dire la possession provisoire à l'un ou à l'autre des plaideurs pour la durée du procès au pétitoire. Mais cette récréance ne crée pas une présomption de propriété au profit de celui qui l'obtient, de sorte qu'au pétitoire il n'est pas dispensé de la preuve.

G. *La dénonciation de nouvel œuvre.* — La troisième action possessoire, la dénonciation de nouvel œuvre, a aussi soulevé des controverses ; mais à la différence de celles qui naissent de la réintégrande, elles sont en partie éteintes. Nous avons vu qu'avant l'ordonnance de 1667 quelques jurisconsultes avait essayé, sans succès, de l'introduire dans la pratique en la dénaturant : elle était, chez les Romains, un moyen extrajudiciaire et pétitoire ; ils en firent une action possessoire, par suite d'une fausse interprétation des textes du droit romain. D'autres jurisconsultes s'en tinrent de plus près à la doctrine romaine, et il en résulta une véritable confusion. Mais la pratique n'accepta pas la dénonciation de nouvel œuvre et l'ordonnance de 1667 la passa sous silence. La loi des 16-24 août 1790 et le Code de procédure gardèrent le même silence. Certains auteurs en ont

(1) Civ. cass., 7 janvier 1895, D. P. 95, 1, 308.
(2) Voy. Dalloz, *Jur. gén.*, *Suppl.*, v[is] *Actions possessoires*, n° 176.

conclu, et avec quelque apparence de raison, que la dénonciation de nouvel œuvre n'existait plus ou tout au moins qu'elle se confondait avec la complainte. La Cour de cassation, en s'inspirant du droit romain, la fit revivre par plusieurs arrêts qui lui donnaient un caractère *sui generis* et la distinguaient nettement de la complainte (1). La loi du 25 mai 1838 (art. 6) a confirmé cette jurisprudence de la Cour de cassation et placé la dénonciation de nouvel œuvre parmi les actions possessoires. Cette loi, n'ayant pas déterminé les caractères de la dénonciation de nouvel œuvre, a, par son silence même, manifesté l'intention de consacrer la jurisprudence de la cour suprême. Or celle-ci avait, par ses arrêts, nettement indiqué que cette dénonciation de nouvel œuvre, devenue un moyen judiciaire et possessoire, se distinguait parfaitement de la complainte. Aussi peut-on s'étonner des explications proposées par certains auteurs. Les uns ont pensé que la dénonciation de nouvel œuvre était accordée au possesseur non annal en cas de simple trouble pour lui tenir lieu de complainte. Dans ce système, il n'y aurait plus de différence entre la possession annale et la possession non annale. Or il est certain que le législateur de 1838 n'a pas entendu modifier les principes du Code de procédure ni ceux de notre ancien droit, qui ne protègent la possession d'une manière complète qu'autant qu'elle est annale. D'autres ont décidé que la dénonciation de nouvel œuvre est la complainte appliquée à la possession des servitudes. Cette opinion est purement divinatoire et fait rentrer la dénonciation de nouvel œuvre dans une partie de la complainte. On a aussi soutenu que la dénonciation de nouvel œuvre est encore, et comme à Rome, un moyen extrajudiciaire, ce qui revient à la supprimer. Suivant la doctrine de la Cour de cassation, qui s'est inspirée du droit romain, la dénonciation de nouvel œuvre suppose des travaux entrepris sur un fonds autre que celui du possesseur; le plus souvent ces travaux sont faits par une personne sur son propre fonds. S'ils étaient entrepris sur celui du possesseur il y aurait nécessairement trouble, même s'ils n'étaient pas encore achevés, et le possesseur devrait recourir à la complainte. Au contraire, la dénonciation de nouvel œuvre suppose qu'il n'y a pas actuellement trouble, seulement le possesseur estime que ce trouble se produira au cours des travaux ou à leur achèvement. Au lieu d'attendre ce moment pour intenter la complainte, le possesseur prend les devants et, au moyen de la dénonciation de nouvel œuvre, obtient la cessation des travaux, lesquels ne pourront ensuite être repris qu'autant que l'auteur de ces travaux aura prouvé son droit au pétitoire. Supposons, par exemple, le possesseur d'un immeuble au profit duquel existe un droit de vue sur l'immeuble voisin; le propriétaire de cet immeuble voisin entreprend sur son propre fonds des travaux qui semblent bien préparer la construction d'un mur et, si ce mur était élevé, il porterait atteinte au droit de vue du fonds dominant; le possesseur menacé intente la dénonciation de nouvel œuvre pour obtenir la suspension des travaux, à raison d'un trouble éventuel résultant de ces travaux; s'il établit la légitimité de sa possession, il obtiendra cette suspen-

(1) Civ. rej., 28 avril 1829, S. 29, 1, 183; civ. rej., 22 mai 1833, S, 33, 1, 354; civ. cass., 27 mai 1834, S. 34, 1, 423; civ. cass., 17 juin 1834, S. 34, 1, 542; civ. cass., 25 juillet 1836, S. 36, 1, 538.

sion et le défendeur à la dénonciation ne pourra reprendre son œuvre qu'après avoir prouvé au pétitoire, par l'action négatoire de servitude, que son fonds n'est pas grevé d'un droit de vue. La dénonciation de nouvel œuvre peut donc être définie une action possessoire par laquelle le possesseur, menacé d'un trouble futur, demande la suspension de travaux que le défendeur a commencés sur son propre fonds. C'est ainsi que l'entend aussi la Cour de cassation (1).

La dénonciation de nouvel œuvre est soumise aux mêmes principes que la complainte ; elle suppose notamment une possession annale et conforme à l'article 2229 du Code civil. Toutefois, elle en diffère sous les rapports suivants: elle suppose des travaux qu'une personne entreprend sur son propre fonds et non sur celui du possesseur; ces travaux ne causent pas un trouble actuel et menacent d'un trouble éventuel; enfin, tandis que la complainte se prescrit comme la réintégrande, par le délai d'un an à partir du trouble ou de la dépossession (art. 23 C. pr.), la dénonciation de nouvel œuvre est, par la force des choses, soumise à un système spécial. Elle est permise tant que les travaux sont en cours d'exécution et ne causent pas encore un trouble ; s'il y a trouble, même avant la fin de l'œuvre entreprise, la dénonciation de nouvel œuvre est immédiatement éteinte et remplacée par la complainte. Une fois les travaux achevés, il ne peut plus être question de dénonciation de nouvel œuvre : ou ces travaux causent un trouble et il faut recourir à la complainte; ou ils ne produisent aucun trouble et alors il n'y a pas lieu à action possessoire (2). Quant aux effets, il existe aussi une différence entre les deux actions: le juge de la dénonciation de nouvel œuvre ne peut qu'ordonner la suspension des travaux, tandis que celui de la complainte a le droit de condamner à leur démolition.

L'opinion contraire, qui donne aux juges de la dénonciation de nouvel œuvre le droit de prescrire la démolition, a le tort de ne pas tenir compte de ce fait que le demandeur n'est pas encore lésé et ne saurait dès lors avoir droit à la réparation d'un dommage qu'il n'éprouve pas.

H. *Défense de cumuler le possessoire et le pétitoire.* — Après avoir à peine fait connaître les caractères et les conditions d'exercice des actions possessoires, les rédacteurs du Code de procédure consacrent plusieurs articles à la règle qui défend de cumuler le pétitoire et le possessoire. Cette défense remonte à l'ordonnance de Charles VII rendue à Montil-les-Tours le 28 octobre 1446; elle a passé de là dans l'ordonnance de François 1er de 1535, puis dans l'ordonnance de 1677 (tit. XVIII, art. 5), enfin dans le Code de procédure. Cette prohibition de cumuler le possessoire et le pétitoire était fort utile dans notre ancien droit où les mêmes juges étaient compétents pour connaître de ces deux sortes d'actions : il y avait lieu de craindre que leur décision au pétitoire ne fût fondée sur des motifs tirés du possessoire, ou réciproquement. Elle est encore utile aujourd'hui pour éviter cette confusion, bien que celle-ci ait perdu une partie de ses dangers, parce que ce ne

(1) Voy. req., 14 février 1856, D. P. 56, 1, 297; civ. rej., 24 août 1870, S. 71, 1, 129; civ. cass., 7 avril 1875, S. 75, 1, 299; req., 31 janvier 1876, D. P. 76, 1, 112 et *Code de procédure civile annoté*, sous l'art. 23, nos 34 et suiv.

(2) Req., 26 juin 1843, S. 43, 1, 753.

sont plus, tout au moins au premier degré, les mêmes juges qui sont compétents pour le possessoire et pour le pétitoire. D'ailleurs, cette prohibition s'adresse à la fois au juge et aux parties, et c'est à ce double doint de vue qu'elle doit être successivement étudiée.

Pour le juge, la défense de cumuler le possessoire et le pétitoire signifie que le juge du possessoire ne doit pas admettre ou rejeter l'action en se basant sur le fond du droit, mais seulement sur la possession et que, réciproquement, le juge du pétitoire ne doit pas faire reposer sa décision sur la possession, mais sur le fond du droit (1). Pour savoir si l'action est possessoire et par conséquent de sa compétence ou non, le juge de paix doit consulter les conclusions du demandeur. Si, dans ces conclusions, le demandeur invoque un droit autre que celui résultant de la possession, par exemple se prétend propriétaire ou usufruitier, le juge de paix doit se déclarer incompétent, car l'action est pétitoire. Mais le juge de paix n'a jamais à se préoccuper des conclusions du défendeur, qui ne peuvent pas modifier la nature de l'action ; celle-ci reste possessoire et le juge de paix est compétent pour statuer sur les conclusions du demandeur, même si le défendeur répond en s'attribuant la qualité de propriétaire, et si le défendeur forme une demande reconventionnelle pétitoire, le juge de paix doit la détacher de la demande principale. Pourrait-il, suivant le droit commun, renvoyer le tout au tribunal d'arrondissement (loi du 28 mai 1838, art. 8)? Il est permis d'en douter, précisément à cause de la prohibition du cumul.

Quant au jugement, pour savoir s'il cumule le possessoire et le pétitoire ou les confond, il faut consulter les motifs et le dispositif. Il y aurait, de la part du juge, cumul du possessoire et du pétitoire : si le juge de paix, tout en reconnaissant la possession du demandeur, décidait dans son jugement qu'il le maintient en possession, non parce que cette possession réunit les caractères prescrits par la loi, mais par la raison que le demandeur a justifié de sa qualité de propriétaire ; cette solution est consacrée par un grand nombre d'arrêts de la Cour de cassation (2) ; si le juge de paix, bien que reconnaissant l'existence d'une possession annale, rejetait l'action possessoire, sous prétexte que l'acte qualifié trouble par le demandeur constitue, de la part du défendeur, l'exercice d'un droit de propriété, de servitude ou autre ; la jurisprudence est aussi fixée en ce sens (3) ; si le juge de paix ne se contentait pas de maintenir le demandeur en la possession, mais lui reconnaissait, en outre, un droit quelconque comme résultant de sa possession (4) ; si enfin il rejetait

(1) Voy. en dernier lieu : Req., 3 août 1897, D. P. 98. 1, 275 ; civ. cass., 29 décembre 1897, D. P. 98. 1, 412 ; civ. cass., 26 décembre 1898, D. P. 99, 1, 382.

(2) Voy. en dernier lieu : civ. cass., 11 décembre 1871, S. 72, 1, 28 ; req. rej., 19 juillet 1875, D. P. 77, 1, 136 ; civ. cass., 7 avril 1880, S. 80, 1, 295 ; civ. cass., 6 mars 1882, S. 82, D. P. 83, 1, 104 ; civ. cass., 28 juin 1882, S. 82, 1, 460 ; civ. cass., 26 juillet 1882, S. 84, 1, 318 ; civ. cass., 25 février 1885, D. P. 85, 1, 408 ; civ. cass., 15 février 1887, S. 87, 1, 104 ; civ. cass., 8 août 1888, S. 89, 1, 120 ; Cass., 15 décembre 1890, D. P. 91, 1, 164 ; civ. cass., 25 janvier 1893, D. P. 93, 1, 83 ; civ. cass., 13 juin 1895, D. P. 95, 1, 488.

(3) Voy. en dernier lieu : Civ. cass., 15 décembre 1886, D. P. 87, 1, 102 ; civ. cass., 28 février 1887, D. P. 88, 1, 30 ; civ. cass., 7 mars 1894, D. P. 94, 1, 236.

(4) Civ. cass., 16 mars 1869, S. 69, 1, 452 ; civ. cass., 1er juillet 1872, S. 72, 1, 235 ; civ. cass., 14 mars 1883, S. 83, 1, 248 ; civ. rej., 11 février 1885, S. 85, 1, 200.

la demande sous prétexte que le pétitoire et le possessoire sont indivisibles dans l'affaire (1). Si le juge refusait de prononcer sur le possessoire et renvoyait les parties à se pourvoir au pétitoire, alors il y aurait une sorte de cumul du pétitoire et du possessoire sous forme de prétérition, et en même temps déni de justice (2).

Mais il ne faudrait pas conclure de ce qui précède qu'il soit interdit d'une manière absolue au juge de paix de prendre connaissance des titres de propriété ou autres de même nature. On a longtemps discuté sur les pouvoirs du juge de paix en pareille matière et proposé en doctrine, comme en jurisprudence, les solutions les plus diverses. En dernier lieu, il est sorti de toutes ces hésitations un système aujourd'hui généralement admis et qui a, en effet, le mérite d'être très rationnel. Le juge de paix ne doit pas apprécier les titres au point de vue du droit de propriété, de servitude ou autres droits de même nature ; il ne peut pas prendre pour base unique de sa décision le fond même du droit, tel qu'il résulte des titres ; il ne peut pas non plus se fonder sur le titre pour reconnaître ou méconnaître le fait matériel de la possession : dans tous ces cas, il y aurait cumul du pétitoire et du possessoire. Mais il a le droit, d'ailleurs facultatif de sa part, d'apprécier les titres pour rechercher si la possession est légale et réunit les conditions de l'article 2229 du Code civil (3). Il y a plus, ce droit devient un devoir, et le juge de paix est alors tenu de consulter les titres, toutes les fois qu'il s'agit de la possession d'un droit qui ne peut s'établir que par eux. C'est en demandant et en consultant les titres que le juge de paix sait alors si la possession est ou non à titre précaire. Tel est le cas où il s'agit de la possession d'une servitude discontinue ou négative. De même, dans le cas d'une concession faite par l'État, un département ou une commune, il sera nécessaire de rechercher dans le titre de concession la nature du droit concédé, pour savoir si le concessionnaire est un possesseur ordinaire ou un possesseur à titre précaire, ou enfin un simple détenteur.

Le principe de la prohibition du cumul du pétitoire et du possessoire a amené le législateur à décider dans l'article 24 du Code de procédure que si le juge de paix ordonne une enquête, et d'une manière plus générale une mesure d'instruction quelconque, celle-ci ne peut pas porter sur le fond du droit. Cette conséquence du principe est si évidente qu'à vrai dire on aurait pu se dispenser d'en parler. Ici l'enquête peut être ordonnée pour toute espèce de preuve au possessoire, et notamment pour rechercher les

(1) Civ. cass., 21 novembre 1871, S. 72, 1, 27 ; civ. rej. 11 février 1885, S. 85, 1, 200.

(2) Civ. cass., 20 juillet 1836, S. 36. 1, 386 ; civ. cass., 11 août 1852, S. 52, 1, 648 ; civ. cass., 31 mars 1857, S. 57, 1, 675 ; civ. cass., 21 novembre 1871, S. 72, 1, 27 ; civ. rej., 11 février 1885, S. 85, 1, 200 ; civ. cass., 10 août 1886, S. 88, 1, 253.

(3) Voy. les nombreux arrêts cités par Aubry et Rau, t. II, p. 213, note 27. Voy. en dernier lieu : req., 28 janvier 1879, S. 80, 1, 25 ; civ. cass., 22 juin 1881, S. 82, 1, 8 ; req., 10 juin 1882, S. 83, 1, 62 ; req., 19 juillet 1882, S. 83, 1, 73 ; civ. cass., 8 janvier 1884, S. 84, 1, 332 ; civ. rej., 11 février 1885, S. 85, 1, 200 ; civ. cass., 13 juillet 1886, D. P. 87, 1, 74 ; civ. cass., 9 août 1886, S. 88, 1, 252 et Ibid., 7 décembre 1885 ; req., 13 juin 1888, S. 88, 1, 408 ; req., 6 février 1900, D. P. 1900, 1, 167 ; req., 16 juillet 1900, D. P. 1900, 1, 461.

caractères de la possession ou encore ceux d'une servitude dont la possession est contestée (1).

Ce principe de la prohibition du cumul du possessoire et du pétitoire ne s'applique pas seulement au juge de paix, mais encore aux plaideurs, et il produit des effets différents suivant qu'il s'agit du demandeur ou du défendeur.

Appliquée au demandeur, la défense signifie que s'il veut intenter l'action possessoire et l'action pétitoire, il doit commencer par la première. S'il engage d'abord l'action pétitoire, il est censé renoncer au bénéfice du possessoire. Une fois qu'il a engagé le possessoire, il ne peut plus se pourvoir au pétitoire, à moins qu'il ne renonce au possessoire par un désistement régulier; autrement, il doit attendre que le possessoire ait été vidé par un jugement passé en force de chose jugée (2). Celui qui agit au pétitoire renonce donc, par cela même, à invoquer les troubles qu'il a subis précédemment; mais si de nouveaux troubles se produisent au cours de l'instance pétitoire, rien ne s'oppose à ce qu'il s'en plaigne au possessoire. On ne peut pas dire, en effet, que son action au pétitoire a impliqué renonciation à ces troubles, puisqu'il l'a intentée à un moment où ces troubles n'existaient pas encore (3). Pour qu'on soit demandeur au pétitoire, il ne suffit pas de citer en conciliation : il faut avoir formé une action en justice par ajournement.

La loi défend aussi au défendeur de cumuler le possessoire et le pétitoire; cette règle signifie que, pendant l'instance du possessoire, le défendeur ne peut pas se pourvoir au pétitoire; mais la réciproque n'est pas vraie, et celui qui est actionné au pétitoire peut agir au possessoire en tout temps et pour tout trouble, même antérieur à la demande formée contre lui. Il ne saurait être question, de la part de ce défendeur au pétitoire, de renonciation au possessoire, puisque, loin d'intenter l'action pétitoire, il la subit. S'il en était autrement, il serait même facile au demandeur au pétitoire de priver son adversaire du bénéfice de l'action possessoire; cela résulterait de la demande pétitoire elle-même. Mais le défendeur au possessoire ne peut se pourvoir au pétitoire tant que dure l'instance possessoire, et, s'il y succombe, il faut même qu'il ait exécuté le jugement possessoire; autrement le juge du pétitoire serait incompétent. Si le défendeur au possessoire à encouru des dommages-intérêts et si le demandeur néglige de les faire liquider, le défendeur au possessoire à le droit de mettre le demandeur en demeure d'obtenir la liquidation dans un certain délai, après lequel il pourrait être passé outre au pétitoire (art. 27 C. pr.).

## § 29. — Compétence relative des tribunaux d'arrondissement (art. 59 C. pr.).

L'étude de la théorie des actions facilite et abrège celle de la compétence relative des tribunaux civils d'arrondissement. Nous savons que les tribu

(1) Req., 5 avril 1881, D. P. 81, 1, 410.
(2) Req., 3 mars 1836, S. 36, 1, 873; req., 28 février 1888, S. 88, 1, 213.
(3) Civ. cass., 17 avril 1837, S. 37, 1, 186; req. 22 juillet 1837, S. 37, 1, 872; req 6 août 1863, S. 63, 1, 474.

naux d'arrondissement jugent en toute matière, et plus spécialement en matière personnelle mobilière depuis 200 francs jusqu'à 1500 francs de principal inclusivement sans appel, et à charge d'appel à la Cour au delà de cette dernière somme ; en matière immobilière, ils sont compétents sans appel si le revenu de l'immeuble, tel qu'il résulte d'un contrat de bail ou de rente perpétuelle, ne dépasse pas 60 francs par an, et à charge d'appel à la Cour si le revenu est supérieur (loi du 11 avril 1838). Mais parmi les tribunaux d'arrondissement, quel est celui qui est plus spécialement compétent, à l'exclusion des autres, pour connaître d'une affaire civile ? C'est la question de la compétence relative des tribunaux d'arrondissement. Elle est tranchée par l'article 59 du Code de procédure, qui pose d'abord un principe général et énumère ensuite un assez grand nombre d'exceptions.

Le principe fondamental est ainsi formulé dans l'article 59 du Code de procédure : « En matière personnelle, le défendeur sera assigné devant le tribunal de son domicile. » C'est la traduction de la règle empruntée par notre ancien droit à la législation romaine : *Actor sequitur forum rei*. La loi a parlé de matière personnelle, parce que ce sont en effet les plus fréquentes, et il est même à peu près certain qu'elle n'a songé qu'aux actions personnelles mobilières. Mais, dans son esprit, la portée de cette disposition est beaucoup plus large; en réalité, l'article 59 du Code de procédure pose une règle générale. Ce qui le prouve, ce sont d'abord les précédents historiques ; ensuite, c'est aussi la place qu'occupe cette règle dans l'article 59 du Code de procédure. Elle a été mise la première pour montrer qu'elle forme un principe fondamental, et que les dispositions suivantes sont des exceptions. Le bon sens impose aussi cette solution. La loi, comme on l'a déjà dit, avait le choix entre deux tribunaux, celui du demandeur et celui du défendeur, et elle a préféré le second parce qu'en effet, tant que le demandeur n'a pas prouvé son droit, la résistance du défendeur est présumée légitime, et il est dès lors naturel de le traduire devant ses juges pour que le procès lui cause moins de préjudice que s'il était obligé d'aller plaider ailleurs. De ce que notre disposition a un caractère général, il résulte que nous l'appliquerons non seulement en matière personnelle, comme dit le texte de l'article 59 du Code de procédure, mais en toute matière, dès qu'il n'existera pas une autre loi qui y déroge (1) et notamment : en matière personnelle immobilière ; en matière réelle ou mixte mobilière ; pour tous les procès concernant l'état des personnes, naturalisation, nullité de mariage, séparation de corps, divorce, adoption, action relative à la filiation (2), demande en interdiction ou en mainlevée, révocation d'émancipation, etc.

La loi ajoute que si *le défendeur n'a pas de domicile*, il sera assigné devant le tribunal de sa résidence. Cette expression n'est pas exacte, car toute personne, même un vagabond, a nécessairement un domicile, ne serait-ce que celui du lieu de sa naissance. Mais le législateur a voulu dire : si le défendeur

(1) Amiens, 17 décembre 1898, D. P. 1900, 2, 176; Toulouse, 4 juin 1879, D. P. 80, 2, 113; cass., 13 novembre 1882, D. P. 84, 1, 120.

(2) Pour l'action en désaveu, voy. req. 6 avril 1898, *France judiciaire*, 1898, p. 606. Le tribunal compétent est celui du domicile du tuteur *ad hoc* nommé à l'enfant.

n'a pas de domicile connu, ce qui, en fait, revient au même que s'il n'avait pas de domicile. Cette disposition s'applique notamment aux marchands forains (1).

Notre article ne s'explique pas sur le cas où l'on ignorerait à la fois le domicile et la résidence du défendeur. Les solutions les plus diverses ont été proposées, et on a indiqué comme tribunal compétent celui du lieu où le défendeur est rencontré, celui du lieu où l'obligation s'est formée, celui du lieu du paiement (arg. art. 420); mais on rentre mieux dans l'esprit de la loi en donnant dans ce cas compétence au tribunal du demandeur (2). Nous venons de rappeler qu'en général le législateur a le choix entre deux tribunaux, celui du demandeur et celui du défendeur. Ce choix n'existe plus lorsque le défendeur n'a ni domicile ni résidence, et si l'on ne veut pas que les deux parties soient l'une et l'autre enlevées à leurs juges naturels, il faut bien donner compétence au tribunal du demandeur.

Lorsqu'il y a plusieurs défendeurs, comme si le créancier met en cause plusieurs débiteurs conjoints ou solidaires ou encore le débiteur principal et sa caution, le demandeur a le choix entre les tribunaux des différents domiciles de ces défendeurs. Si la loi n'avait rien dit, le demandeur aurait dû, à la rigueur, faire autant de procès distincts qu'il y a de défendeurs, ce qui eût été tout à fait déraisonnable. Aussi réunit-on devant un seul tribunal tous ces défendeurs tenus de la même dette, et comme il n'y a pas de raison d'en préférer un aux autres, on laisse le choix au demandeur. Mais si parmi les défendeurs il en était un dont on n'aurait connu que la résidence, le demandeur devrait choisir le tribunal du domicile d'un autre défendeur; la loi n'admet ici que le domicile comme base de compétence (3). Cette règle de compétence suppose qu'il s'agit de la même dette, de la même cause pour tous. Il importe peu, d'ailleurs, qu'ils soient obligés d'après des modalités différentes ou que leur dette résulte d'un contrat ou d'un délit (4), et il n'est pas nécessaire qu'ils soient tous assignés le même jour. S'il s'agissait de dettes distinctes, il y aurait alors aussi autant de procès, et chaque défendeur devrait être traduit devant son propre tribunal (5). Il va sans dire aussi que dans le cas où l'un des défendeurs aurait été mis en cause par esprit de fraude et sans qu'il eût sérieusement ce rôle de défendeur, les défendeurs véritables pourraient prouver la fraude, établir qu'on a voulu les distraire de leurs juges naturels et soulever la question d'incompétence (6).

L'instance introduite par l'exploit d'ajournement subsiste devant le juge saisi de la contestation jusqu'à ce qu'elle ait été terminée par un jugement; il en résulte que le changement de domicile au cours de l'instance du défendeur ou d'un des défendeurs ne saurait modifier la compétence du tribunal

(1) Bordeaux, 20 novembre 1866, D. P. 68, 2, 21; Nancy, 1er décembre 1874, S. 75, 2, 237.

(2) Cass., 9 mars 1863, D. P. 63, 1, 176; Bastia, 27 décembre 1875, D. P. 76, 2, 203; Aix, 16 janvier 1883, D. P. 84, 2, 88.

(3) Chambéry, 16 mars 1869, S. 69, 2, 335.

(4) Alger, 16 novembre 1898, D. P. 1900, 2, 482; Nancy, 23 mai 1900, D. P. 1900, 2, 497.

(5) Voy. Paris, 16 décembre 1897, D. P. 99, 2, 8.

(6) Req., 9 mai 1883, S. 86, 1, 462; civ. cass., 1er août 1892, D. P. 92, 1, 503.

régulièrement saisi (1). D'ailleurs, la règle de compétence relative au cas de pluralité des défendeurs, étant d'intérêt privé, peut être écartée par convention contraire (2).

En matière réelle (ajoutez immobilière), l'article 59 préfère au tribunal du domicile du défendeur celui de la situation de l'immeuble litigieux. Dans notre ancien droit, on donnait le choix au demandeur entre le tribunal de la situation de l'immeuble et celui du domicile du défendeur (3). La loi actuelle préfère ne donner compétence qu'au tribunal de la situation de l'immeuble, parce qu'il est mieux que tout autre à même d'instruire l'affaire. C'est à ce tribunal que sont notamment portées l'action en revendication, les actions confessoires de servitude personnelle ou réelle, l'action négatoire. C'est aussi le tribunal de la situation de l'immeuble litigieux, qui est compétent pour connaître des difficultés relatives aux restrictions que comporte le droit de propriété et qui sont improprement appelées servitudes légales. Ces restrictions ont, en effet, un caractère incontestable de réalité. Ainsi, lorsqu'on veut contraindre un voisin à participer à la construction d'un mur mitoyen, il faut l'actionner devant le tribunal de la situation de l'immeuble, et non devant le tribunal de son domicile.

Quand un immeuble est situé dans plusieurs arrondissements, le tribunal compétent est celui où se trouve placé le chef-lieu de l'exploitation et, à défaut, celui dans le ressort duquel est la partie de l'immeuble qui rapporte le plus d'après la matrice du rôle de la contribution foncière (art. 2210 C. civ.; art. 628 C. pr.).

En matière mixte (ajoutez immobilière), l'article 59 donne compétence à deux tribunaux, celui du domicile du défendeur et celui de la situation de l'immeuble au choix du demandeur. L'exposé déjà fait de la théorie des actions mixtes nous dispense ici de toute explication.

En matière de succession, la loi attribue compétence au tribunal du lieu où la succession s'est ouverte, c'est-à-dire au tribunal du domicile du défunt, pour trois sortes d'actions : d'abord, pour toutes les actions intentées entre héritiers avant le partage de la succession, et par héritiers il faut entendre non seulement les héritiers légitimes, mais encore les successeurs irréguliers, les légataires universels ou à titre universel, en un mot tous ceux qui ont droit à la saisine légale ou judiciaire de la succession. La principale de ces contestations entre héritiers, et la plus fréquente, sera l'action en partage. Cependant, d'autres actions peuvent encore naître, et, par exemple, une demande en reddition de comptes ou en dommages-intérêts, à raison de l'administration de la succession par un des cohéritiers pendant l'indivision. On s'est demandé si le tribunal de l'ouverture de la succession est encore

(1) Req., 30 décembre 1884, S. 86, 1, 209. Une compagnie d'assurances étant poursuivie en même temps qu'un de ses agents, comme civilement responsable des suites d'un délit par lui commis dans l'exercice de ses fonctions, le demandeur a le choix entre le tribunal de la compagnie et celui de l'agent, car il y a pluralité de défendeurs. Civ. cass., 19 novembre 1884, S. 86, 1, 215. Mais si le défendeur agissait contre un débiteur principal et un débiteur accessoire, comme une caution, l'action devrait nécessairement être portée devant le tribunal du premier.

(2) Alger, 6 juin 1898, D. P. 1900, 2, 23.

(3) Voy. Ferrière, v° *Compétence en matière civile.*

compétent pour connaître de la pétition d'hérédité. Certains auteurs admettent l'affirmative, sans se douter même de la difficulté que soulève cette question, et qui tient à ce qu'il ne s'agit plus d'une action entre héritiers, puisque, bien au contraire, le demandeur à la pétition d'hérédité conteste cette qualité au défendeur, et réciproquement. Nous ne sommes donc plus dans le texte de l'article 59. D'autres auteurs se sont complètement égarés, parce qu'ils ont pris comme point de départ que la pétition d'hérédité est réelle, personnelle ou mixte, suivant que la succession est immobilière ou mobilière, ou à la fois immobilière et mobilière, oubliant que pour déterminer la nature d'une action, il ne faut pas s'attacher aux objets qu'elle procure, mais à la nature du droit qu'elle sanctionne. Or, la pétition d'hérédité est la sanction du droit réel de succession. Notre action est donc toujours réelle, mais, en outre, elle est immobilière ou mobilière, ou l'un et l'autre à la fois, suivant la nature des biens compris dans la succession. Concluerons-nous de là qu'elle sera de la compétence du tribunal de l'ouverture de la succession ou du tribunal du domicile du défendeur, suivant que la succession sera immobilière ou mobilière? Cette distinction serait, à notre avis, contraire à l'esprit de la loi qui, si elle avait songé à la pétition d'hérédité, l'aurait soumise à la même règle de compétence que les actions entre héritiers (1). Cette solution s'impose même, sans contestation possible, lorsque la pétition d'hérédité devient l'accessoire d'une action en partage.

Cette compétence du tribunal du lieu de l'ouverture de la succession dure tant que le partage n'est pas devenu irrévocable; à partir de ce moment, il y a autant de propriétaires différents que d'héritiers et les litiges qui peuvent alors s'élever entre eux sont soumis à la compétence du droit commun. Ainsi, le tribunal du lieu où s'est ouverte une succession n'est plus compétent pour connaître des actions relatives à quelques biens isolés restés dans l'indivision, du moment que l'ensemble de la succession a fait précédemment l'objet d'un partage définitif (2). Mais que décider à l'égard des demandes postérieures au partage relatives à la garantie des lots ou à la rescision (ou à la nullité)? Le silence de l'article 59 du Code de procédure conduit à dire qu'elles sont soumises à la compétence ordinaire par cela même qu'elles sont postérieures au partage. Toutefois, l'article 822 du Code civil décide le contraire et attribue encore compétence au tribunal de l'ouverture de la succession. On a parfois soutenu que cet article 822 a précisément été abrogé par l'article 59 du Code de procédure. Mais cette opinion est aujourd'hui abandonnée. Elle a, en effet, le tort d'être en contradiction avec les principes relatifs à l'abrogation des lois, notamment avec la règle suivant laquelle une loi spéciale antérieure ne peut pas être abrogée tacitement, mais seulement d'une manière expresse, par une loi générale postérieure. Or, au point de vue de la compétence, l'article 822 du Code civil est une loi spéciale et l'article 59 du Code de procédure une loi générale. En outre, si l'article 59 ne s'est pas expliqué sur les actions en garantie, en rescision (ce qui comprend

(1) Riom, 2 janvier 1889, D. P. 89, 2, 23; Bordeaux, 18 novembre 1889, S, 91, 27 et ma note.

(2) Voy., en sens contraire, Paris, 13 juin 1887, D. P. 87, 2, 187 et ma note critique sous cet arrêt.

les actions en nullité du partage), c'est précisément parce que la question était déjà tranchée par l'article 822 du Code civil. Cette solution est enfin tout à fait conforme à l'esprit de la loi, qui est de donner compétence au tribunal du lieu où la succession s'est ouverte tant que le partage n'est pas devenu irrévocable. Or les actions en rescision, en nullité, en garantie du partage, impliquent que celui-ci peut disparaître et que l'indivision peut renaître (1). Au contraire, l'action en déchéance dirigée après partage contre l'héritier coupable de recel ou de détournement doit être portée devant le tribunal de cet héritier défendeur (2).

En second lieu, l'article 59 du Code de procédure donne encore compétence au tribunal du lieu où la succession s'est ouverte pour les actions intentées par les créanciers du défunt avant le partage (3). Si cette disposition n'existait pas, il faudrait appliquer la compétence générale et dire que l'action du créancier doit être portée devant le tribunal du domicile de chacun des héritiers, en vertu de la règle que les dettes se divisent de plein droit entre eux. Mais la loi a écarté ce principe du droit civil pour reconnaître une sorte d'existence à la succession elle-même au point de vue de la compétence, tant que le partage n'a pas fait évanouir cette succession. Cette compétence exceptionnelle disparaît donc après le partage et chaque héritier doit alors être actionné devant le tribunal de son domicile pour sa part dans la dette; elle cesse également s'il n'existe qu'un héritier, car alors il ne peut être question de partage et le tribunal compétent devient celui du domicile de l'héritier (4), à moins cependant que celui-ci n'ait accepté sous bénéfice d'inventaire ; dans ce dernier cas, c'est bien la succession qui représente le défunt et qui seule est tenue de ses dettes; aussi est-il naturel de rendre compétence au tribunal du lieu où la succession s'est ouverte (5). En cas d'élection de domicile par le défunt, son décès ne saurait retirer à cette convention l'effet qu'elle doit produire et le créancier, si l'élection a eu lieu dans son intérêt, a le choix entre le tribunal du lieu où la succession s'est ouverte et celui du domicile élu (6).

Dans les dispositions qui précèdent, on a toujours supposé, avec l'article 59, que le procès s'élève soit entre héritiers, soit entre créanciers du défunt et héritiers. S'il se produisait vis-à-vis d'autres personnes, la compétence du tribunal du lieu où la succession s'est ouverte devrait être écartée, même dans le cas où le procès naîtrait avant le partage ; tel serait celui où la femme d'un héritier intenterait contre son mari et contre d'autres héritiers l'action paulienne. Cette action devrait être portée au tribunal de l'un des défendeurs. La femme n'agit pas en effet ici en qualité de créancière du défunt, mais comme créancière de son mari et de ses cohéritiers à raison d'un acte frau-

(1) Req., 21 février 1860, D. P. 60, 1, 94; Aubry et Rau, t. VI, 4e éd., § 590, note 5.

(2) Rouen, 10 mars 1880, S. 81, 2, 61.

(3) Il faut appliquer la même règle au cas où, en vertu de l'article 1166, la demande serait formée par un créancier du créancier. Paris, 10 novembre 1883, *Gaz. du Palais* 1884, 1, 46.

(4) Req., 11 juin 1879, D. P. 80, 1, 21, note 3.

(5) Req., 11 juin 1879, D. P. 80, 1, 21; *contra*, Bourges, 2 mai 1832, S. 32, 2, 72; Garsonnet, t. II, p. 119.

(6) Poitiers, 22 mai 1856, D. P. 56, 2 191.

duleux personnel à ceux-ci, de sorte que sa créance, garantie par l'action paulienne, est postérieure à l'ouverture de la succession (1).

En troisième lieu, l'article 59 donne encore compétence au tribunal du lieu où la succession s'est ouverte pour les demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort, « jusqu'au jugement définitif ». Par dispositions à cause de mort, il faut entendre ici, non seulement les legs, mais encore et aussi les donations de biens à venir ou de biens présents et à venir, dans les cas où elles sont exceptionnellement permises. Les termes « jusqu'au jugement définitif » soulèvent encore aujourd'hui une très vive controverse. La jurisprudence les entend en ce sens que le tribunal du lieu où la succession s'est ouverte restera compétent entre légataires et héritiers tant qu'il ne sera intervenu aucun jugement entre eux, c'est-à-dire indéfiniment, et bien que que le partage ait été fait depuis fort longtemps (2); elle ne distingue pas non plus, et sous ce rapport elle a raison, entre les actions intentées par les légataires contre les héritiers et les actions intentées par les héritiers contre les légataires comme la demande en nullité du testament. On fait remarquer que, pour ce dernier cas notamment, s'il fallait demander la nullité après le partage devant le tribunal du domicile de chacun des légataires, il pourrait en résulter des contrariétés de jugement. Cette observation est sans valeur, car, même en admettant, comme nous le croyons en effet, que le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession cesse d'être compétent après le partage, il en résulte que la demande en nullité doit être portée devant le tribunal du domicile de l'un des légataires, mais on peut, et même on doit, aussi appeler devant ce tribunal les autres légataires pour cause de connexité et ainsi aucune chance de contrariété de jugement n'est à redouter.

Nous estimons, en effet, qu'après le partage le tribunal du lieu où la succession s'est ouverte cesse d'être compétent, même pour les procès entre légataires et héritiers. Dans l'article 59 du Code de procédure les termes : jusqu'au jugement définitif, signifient : jusqu'au partage en justice ; tel est bien déjà le sens de cette expression dans l'article 50 du Code de procédure, comme cela résulte de la comparaison de cet article avec l'article 3 de la loi du 26 ventôse an IV, et il faut bien que ce sens soit le même dans l'article 59 du Code de procédure, surtout en l'absence de toute explication contraire soit dans la loi, soit dans les travaux préparatoires; autrement le législateur aurait employé une seule formule pour exprimer deux règles différentes. S'il a dit, dans l'article 59 : jusqu'au jugement définitif, c'est uniquement pour ne pas répéter une troisième fois la formule : jusqu'au partage, qui avait été employée dans les deux dispositions précédentes, et la loi a parlé ici de jugement, parce qu'elle a eu en vue un partage judiciaire.

En résumé, pour nos trois sortes d'actions, la compétence spéciale du tribunal du lieu où la succession s'est ouverte s'évanouit à partir du partage, parce qu'en effet il n'est plus possible d'attribuer fictivement une existence propre à la succession, même en limitant cette existence aux questions de compétence.

(1) Civ. cass., 30 juillet 1884, D. P. 85, 1, 62.
(2) Req., 11 juillet 1864, D. P. 65, 1, 425; Cass., 28 juin 1880, S. 82, 1, 448.

« En matière de société, tant qu'elle existe », le juge compétent est celui du lieu où cette société est établie. Ce terme : tant qu'elle existe, demande explication et ne doit pas être pris au pied de la lettre. La loi donne une existence légale au point de vue de la compétence à la société comme à la succession, même après que la dissolution a été prononcée pendant toute la durée de la liquidation et jusqu'au partage inclusivement (1). Le tribunal du lieu où la société est établie est même compétent, non seulement pour l'action en partage, mais aussi pour les actions en garantie, en nullité, en rescision du partage. C'est ce qui s'induit de l'article 1872 du Code civil, d'après lequel les règles relatives au partage des successions doivent s'étendre au partage des sociétés. Or nous avons vu qu'en matière de succession le tribunal du lieu où cette succession s'est ouverte est compétent pour ces mêmes actions (art. 822 C. civ. et 59 C. pr.); par analogie, il faut donc, en matière de société, donner compétence au tribunal du lieu où elle est établie (2).

La disposition relative à la compétence en matière de société concerne aussi bien les sociétés civiles que les sociétés commerciales (3) ; les termes de la loi étant généraux, on est obligé d'admettre cette compétence, même dans le système de ceux qui refusent en principe la personnalité juridique aux sociétés civiles. La jurisprudence applique aussi notre disposition aux associations en participation (4), ce qui est très contestable, puisqu'elles n'ont pas d'existence au regard des tiers. Notre article suppose bien entendu une contestation civile, puisqu'il est consacré à la compétence des tribunaux d'arrondissement et il peut arriver, en effet, qu'une société commerciale soit défenderesse dans un procès civil, de même que rien ne s'oppose à ce qu'une société civile soit défenderesse dans un procès commercial, mais encore faut-il que la société civile ou commerciale ait un siège social, un établissement. Or, si toute société commerciale autre que la participation a nécessairement un siège social (5), il n'en est pas de même des sociétés civiles. Lorsqu'une société de cette nature n'a pas de siège social, alors le demandeur agit devant le tribunal du domicile de l'un des associés mis en cause. C'est la même solution qu'il faut appliquer, lorsque l'action est dirigée contre une de ces réunions qui, comme les cercles, n'ont pas la personnalité juridique et ne

(1) Req., 3 janvier 1900, D. P. 1900, 1, 95. Jugé même que l'action en redressement de comptes d'une société liquidée et partagée est aussi de la compétence du tribunal de l'établissement de la société, par la raison qu'on est en matière de société. Civ. rej., 11 mars 1884, D. P. 84, 1, 199. Cette raison est insuffisante : il ne suffit pas d'être en matière de société; il faut encore que la société existe, à moins qu'un texte, comme l'article 822 du Code civil, ne donne compétence pour telles ou telles actions postérieures à la dissolution.

(2) On remarquera que le décès d'un des associés n'étant pas nécessairement une cause de dissolution de la société, les tiers peuvent encore après ce décès actionner devant le tribunal de l'établissement de la société, tant que le partage n'a pas eu lieu. Civ. cass., 20 janvier 1880, S. 81, 1, 201.

(3) Lyon, 22 juillet 1858, D. P. 59, 2, 80.

(4) A la condition que les associés soient convenus d'un siège social. Bordeaux, 29 mars 1887, D. P. 88, 2, 228; req., 6 mars 1877, D. P. 77, 1, 103.

(5) Pour l'association en participation, la jurisprudence admet qu'elle *peut* avoir un siège social.

sont même pas de véritables sociétés civiles : l'action est encore portée devant le tribunal du domicile de l'un des défendeurs. C'est aussi la solution qu'il faut adopter vis-à-vis des congrégations religieuses non autorisées. Au contraire, les congrégations autorisées sont des personnes morales qu'on assigne devant le tribunal de leur siège principal (1).

Au moment de la confection du Code de procédure, on ne connaissait pas encore ces grands établissements de commerce ou d'industrie qui se sont successivement fondés et qui étendent leurs opérations sur tout le territoire de la France, souvent même à l'étranger : grandes compagnies de chemins de fer, compagnies d'assurances, sociétés financières de toutes sortes, Crédit foncier, Crédit lyonnais, Société générale, etc. Ces différentes compagnies ayant leur siège social, et, par conséquent, leur domicile à Paris (2), la Cour de cassation en avait conclu que toute action civile intentée contre une de ces sociétés devait être portée devant le tribunal civil de la Seine, quel que soit le lieu où le demandeur avait traité, d'une manière plus générale était devenu créancier de la société (3). On voit tout de suite les inconvénients de cette solution : encombrement de presque toutes les affaires les plus importantes des sociétés devant le tribunal civil (ou commercial) de la Seine ; gêne extraordinaire pour les particuliers qui ont pu traiter à une grande distance du siège social. Serait-il par exemple raisonnable de décider qu'un voyageur, à raison d'un transport entre Marseille et Toulon, devrait venir plaider à Paris? Aussi a-t-on essayé de plier l'article 59 du Code de procédure aux exigences nouvelles ; on y est arrivé par un procédé aussi ingénieux que juridique, mais après bien des tâtonnements. Aujourd'hui on donne aussi compétence, non plus seulement au tribunal du siège social, mais encore au tribunal du lieu où l'une ou l'autre de ces sociétés possède un principal établissement. Il est en effet admis sans difficulté qu'une société peut avoir un ou plusieurs établissements principaux indépendamment du siège social, qu'une société peut même avoir son siège social dans un lieu déterminé et son principal établissement dans un autre lieu (4). Ce point fixé, on en a parfois conclu que chaque établissement principal implique, de la part de la société, élection de domicile, et c'est en se fondant sur cette raison qu'on a aussi reconnu compétence au tribunal de tout établissement principal. Ce raisonnement n'est pourtant pas satisfaisant ; il repose en effet sur une présomption d'élection de domicile, alors que, d'après le droit civil, l'élection de domicile ne se présume pas et doit toujours être expresse (art. 111 C. civ.). Aussi vaut-il mieux s'en tenir aux termes mêmes de l'article 59 du Code de procédure : il donne compétence au tribunal du lieu du principal établissement, parce qu'il suppose une société qui possède un seul établissement de cette nature, mais si elle en avait plusieurs, le texte même de l'article 59 conduirait à dire que le tribunal de chacun de ces établissements principaux doit être compétent.

Il y a toutefois une différence entre le tribunal du siège social et les tri-

(1) Civ. rej., 7 décembre 1886, D. P. 87, 1, 101.
(2) Sauf exception cependant pour le Crédit lyonnais.
(3) Cass., 5 avril 1859, D. P. 59, 1, 147.
(4) Cass., 16 avril 1883, S. 83, 1, 271.

bunaux des autres établissements principaux : le premier peut toujours être saisi d'une contestation quelconque, s'il s'agit d'une société jouissant de la personnalité juridique, parce qu'il est en réalité le tribunal du domicile du défendeur, par application du droit commun ; les autres, au contraire, ne sont compétents qu'à raison de la disposition spéciale de l'article 59 du Code de procédure et, dès lors, on admet sans difficulté que leur compétence se limite aux procès nés dans la circonscription de l'établissement principal où le contrat s'est formé, où le quasi-contrat, le délit, le quasi-délit ont pris naissance. Qu'on suppose, par exemple, un procès résultant d'un accident qui s'est produit entre Marseille et Toulon, le demandeur pourra agir contre la compagnie P.-L.-M., soit devant le tribunal civil de la Seine, où est domiciliée la société, soit devant le tribunal de Marseille, mais non devant le tribunal de Nevers où se trouve cependant un principal établissement de cette société, parce que l'accident s'est produit en dehors de la circonscription de Nevers (1).

Une fois la compétence du tribunal du lieu de tout établissement principal ainsi délimitée, une autre difficulté se présente, celle de savoir ce qu'il faut entendre par établissement principal, en opposition à établissement secondaire. La jurisprudence répond que les établissements principaux sont, pour toutes les sociétés en général, leurs succursales et, pour les compagnies de chemin de fer en particulier, leurs gares principales. Mais alors on est amené à se demander quel est le caractère distinctif de la succursale ou de la gare principale ? Certains arrêts s'en sont tirés en attribuant ce caractère à tout établissement qui fait un trafic considérable, solution qui prête à la confusion et à l'arbitraire et qui fait de notre question un pur point de fait (2). Il vaut bien mieux décider que les succursales et les gares principales existent partout où la société a établi un agent supérieur auquel elle a donné pouvoir pour traiter avec les tiers en qualité de représentant et qui a, par cela même, capacité à l'effet d'engager la société (3). Le tribunal de l'établissement ne sera donc pas compétent si l'agent placé à sa tête n'a pas qualité pour obliger la société, par exemple s'il a seulement pour mission de remettre aux assurés les polices signées par les administrateurs et par les directeurs (4). On a aussi jugé que cette compétence donnée au tribunal de la succursale doit être admise seulement au profit des tiers, à l'exclusion des employés de la société (5) ; mais cette solution est contestable, car on ne voit pas la raison de

(1) Req., 10 août 1875, D. P. 77, 1, 110; Lyon, 19 juin 1883, D. P. 85, 2, 185 ; civ. cass., 3 février 1885, D. P. 86, 1, 303 ; Orléans, 19 mars et 7 août 1886, D. P. 87, 2, 107 ; Orléans, 21 février 1889, D. P, 90, 2, 164 ; Chambéry, 14 février 1892, D. P. 93, 2, 382 ; req., 15 avril 1893, D. P. 94, 1, 539; Rennes, 22 janvier 1893, D. P. 94, 2, 327 ; Caen, 4 novembre 1897, D. P. 1900, 2, 99 ; Rouen, 9 avril 1898 ; Agen, 29 juin 1898 ; Agen, 14 décembre 1898 ; Orléans, 16 mars 1899, *ibid.*

(2) Rouen, 16 février 1898, D. P. 98, 2, 408.

(3) Req., 25 juin 1878, D. P. 79, 1, 212; req., 17 décembre 1879, D. P. 80, 1, 262 ; req., 16 avril 1883, D. P. 84, 1, 87 ; Aix, 15 janvier 1884, D. P. 85, 2, 49; Orléans, 19 mars 1886, D. P. 87, 2, 107 ; Orléans, 2 février 1889, D. P, 90, 2, 165 ; Amiens 26 avril 1893, D. P. 94, 2,8.

(4) Req., 25 juin 1878, D. P. 79, 1, 212 ; Cass., 16 avril 1883, S. 82, 1, 271 ; Orléans, 2 février 1889, D. P. 90, 2, 165 ; req., 18 mars 1890, D. P. 90, 1, 443.

(5) Lyon, 28 février 1882, D. P. 83, 2, 99 ; Alger, 2 mars 1896, D. P 98, 1, 478.

distinguer. Ce qui est certain, c'est que, par une convention expresse, il est permis d'écarter la compétence des tribunaux des succursales pour n'admettre que celle du tribunal du siège social. Il ne s'agit en effet, dans toute cette matière, que de compétence relative (1).

Les congrégations religieuses reconnues peuvent aussi avoir de véritables succursales attributives de juridiction : c'est ce qui se produit dans les lieux où elles fondent des établissements complets par eux-mêmes avec pouvoir de traiter avec les tiers et de s'obliger vis-à-vis d'eux (2).

On a aussi remarqué que la règle de compétence établie par l'article 59 du Code de procédure n'est qu'une application du principe général : *Actor sequitur forum rei*, en tant qu'elle permet d'assigner une société qui a la personnalité juridique devant le tribunal de son siège social. Au contraire, elle déroge à cette règle pour le cas de société sans personnalité, car le droit commun conduirait à dire alors que le demandeur doit agir devant le tribunal du domicile de l'un des associés mis en cause. Il y a aussi dérogation au droit commun, en ce que notre disposition permet d'agir devant le tribunal d'un établissement principal qui n'est pas celui du siège social. Pour le cas où le demandeur agit à la fois contre la société et un de ses membres ou un tiers, il a le choix entre le tribunal du lieu où la société est établie, dans le sens large que nous venons de donner à ce terme, et le tribunal du domicile de l'associé ou du tiers (3). En outre, ces règles de compétence en matière de société supposent des actions personnelles ou réelles mobilières ; en matière réelle immobilière, ce serait toujours le tribunal de la situation de l'immeuble litigieux qui resterait compétent.

En matière de garantie, le tribunal compétent est, d'après notre article, celui devant lequel la demande originaire est pendante. Pour comprendre cette disposition, il est nécessaire de savoir qu'il existe deux sortes de garanties, l'une principale, l'autre incidente. Le demandeur intente une action en garantie principale, lorsqu'après avoir été évincé dans un premier procès, par exemple dans une action en revendication formée par un tiers, il réclame contre son garant des dommages-intérêts dans une seconde instance. L'article 59 du Code de procédure ne s'occupe pas de cette garantie principale qui reste dès lors soumise au droit commun en matière de compétence; en d'autres termes, le garanti doit porter son action devant le tribunal du domicile du garant. Mais cette manière de procéder présente bien des inconvénients : par cela même qu'elle suppose deux procès successifs, elle est plus lente et plus coûteuse que si les deux procès étaient réunis en une seule instance; d'un autre côté, après avoir succombé dans le premier procès et y avoir été évincé, le garanti court le risque de ne pas obtenir cependant de dommages-intérêts contre le garant dans la seconde instance ; c'est ce qui se produira si le garant lui prouve qu'il s'est mal défendu au premier procès et notamment qu'il a omis de faire valoir certains moyens par lesquels il aurait évité l'éviction. Aussi, en pratique, préfère-t-on toujours la garantie incidente. Celle-ci suppose que le garanti est menacé de l'éviction par une

(1) Civ. cass., 6 avril 1886, D. P. 86. 5, 97.
(2) Civ. rej., 7 décembre 1886, D. P. 87, 1, 101.
(3) Nancy, 3 mai 1899, *France judiciaire*, 1899, p. 318.

action en justice, par exemple par la revendication d'un tiers qui se dit propriétaire de l'immeuble. Cette action est portée au tribunal de la situation de l'immeuble, et la loi autorise le garanti à appeler à son secours, devant ce même tribunal, le garant son vendeur. Le garant est donc privé de ses juges naturels, mais c'est la conséquence légitime de son obligation de secourir le garanti menacé d'éviction. Dans ces conditions, l'action principale qui menace l'éviction et l'action incidente en garantie étant réunies, le garant évite les dangers auxquels il serait exposé s'il prenait la première voie de la garantie principale. Mais la loi n'entend permettre la jonction de ces deux actions qu'autant que le tribunal, saisi de la demande principale, n'est pas incompétent d'une manière absolue pour connaître de la garantie. Ainsi un huissier ayant fait un ajournement nul pour vice de forme devant le tribunal de commerce et la nullité étant soulevée par le défendeur, le demandeur a le droit de se retourner en garantie contre son huissier; mais il ne peut pas actionner cet huissier en garantie incidente devant le tribunal de commerce saisi de la demande principale, parce que la demande en garantie est civile et que les tribunaux de commerce sont incompétents d'une manière absolue (1) pour connaître des affaires civiles; il faut que ce demandeur attende que le tribunal de commerce ait prononcé la nullité de l'exploit pour agir alors en dommages-intérêts devant le tribunal civil du domicile de l'huissier.

Si cet huissier avait fait et signifié un acte d'appel entaché de nullité et si cette nullité était proposée par l'intimé devant la cour d'appel, l'appelant aurait-il le droit d'actionner directement devant la Cour l'huissier en garantie incidente ou ne doit-il pas plutôt porter sa demande en garantie devant le tribunal d'arrondissement? La réponse dépend de la solution qu'on donne à la question de savoir si l'incompétence de la cour d'appel est absolue ou relative, lorsqu'on lui défère des actions qui n'ont pas subi le premier degré de juridiction. Admet-on l'incompétence absolue, il n'est pas possible de joindre la demande en garantie à l'action principale engagée devant la cour d'appel; décide-t-on avec la jurisprudence que l'incompétence est relative, la jonction pourra se faire (2).

En cas d'élection de domicile pour l'exécution d'un acte, la loi donne compétence au tribunal du domicile élu ou au tribunal du domicile réel du défendeur, au choix du demandeur. Il semble même résulter de la loi que le demandeur a toujours le choix entre ces deux tribunaux, et cela est d'ailleurs vrai toutes les fois que l'élection de domicile a eu lieu dans l'intérêt du demandeur; en effet, dans le doute, on présume qu'elle a été faite dans son intérêt. Dans certains cas, cependant, l'élection de domicile peut être faite dans l'intérêt du défendeur; alors le demandeur n'a plus le choix et

(1) Voy. *Jur. gén.*, v[is] *Compétence civile*, n° 147.

(2) Il a été très exactement jugé que l'action dérivant d'un contrat d'assurance est une action principale et directe qui n'a ni les caractères, ni les effets d'une demande en garantie; par suite, lors même que l'assurance porte sur des cas de responsabilité de l'assuré envers le tiers, les règles de compétence applicables ne sont pas, entre l'assureur et l'assuré, les règles propres à la matière des garanties, mais bien celles auxquelles le contrat d'assurance est soumis à raison de sa nature ou de la convention des parties. Nîmes, 11 février 1880, S. 80, 2, 67.

doit assigner devant le domicile élu (1). L'élection de domicile résultant d'une convention est irrévocable comme tout contrat. Aussi, celui qui l'a faite ne peut pas la rétracter sans le consentement de l'autre partie ; elle est obligatoire pour ses héritiers ; elle ne cesse pas par le décès de la personne chez laquelle le domicile a été élu ; elle ne cesse pas non plus de produire son effet quand il s'agit d'une demande en rescision de contrat, mais il en est autrement s'il s'agit d'une demande en nullité, car alors l'élection de domicile est atteinte par la nullité, comme toutes les autres dispositions du contrat (2).

L'élection de domicile doit toujours être expresse, car elle est une renonciation au bénéfice de la règle : *Actor sequitur forum rei*, et les renonciations ne se présument pas. C'est ainsi que quand le débiteur a indiqué un lieu pour le paiement, il n'est pas censé y avoir élu domicile en matière civile.

L'article 59 du Code de procédure contient une dernière disposition consacrée à la compétence en matière de faillite ; elle y est mal placée, car l'article 59 ne concerne que les affaires civiles des tribunaux d'arrondissement et, en général, les contestations relatives à la faillite sont d'une nature commerciale. Cependant, il pourrait arriver que le procès fût civil et alors il serait de la compétence du tribunal civil du lieu où la faillite se serait ouverte.

### § 30. — Compétence relative des tribunaux de commerce (art. 420 C. pr.).

En matière commerciale, la question de la compétence relative est régie par l'article 420 du Code de procédure, dont les dispositions sont empruntées à l'article 17 du titre XII de l'ordonnance de 1673. La loi donne compétence à trois tribunaux au choix du demandeur, pourvu que les conditions qu'elle impose soient réunies pour chacun d'eux. Ces trois tribunaux sont : celui du domicile du défendeur, celui du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée, celui du lieu du paiement. Ces trois tribunaux sont offerts au demandeur, quel que soit le rôle qu'il ait joué au contrat commercial. Ainsi, le vendeur et l'acheteur ont l'un et l'autre le choix, à la condition d'être demandeurs et le tribunal du lieu du paiement peut être saisi, même par la partie qui doit faire le paiement (3). On décidait déjà, dans notre ancien droit, qu'à raison de la faveur faite au commerce, ces règles de compétence s'appliquaient même entre étrangers et cette interprétation est encore aujourd'hui admise sans difficulté (4). En donnant le choix au demandeur entre trois tribunaux, l'article 420 a voulu rendre l'accès de la justice commerciale plus particulièrement facile, rapide et économique. Mais il n'en est pas moins vrai que l'article 420 du Code de procédure contient des dispositions exceptionnelles, en tant qu'il s'applique soit au tribunal du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée, soit au tribunal du lieu du

(1) Cass., 14 juin 1875, S. 76, 1, 172.
(2) *Contra*, Rouen, 30 avril 1870, S. 71, 2, 75.
(3) Req., 24 octobre 1892, D. P. 92, 1, 615.
(4) Cass., 22 mai 1875, D. P. 77, 1, 373; Paris, 21 mai 1885, D. P. 86, 2, 14.

paiement. Aussi la question relative à l'étendue d'application de ces dispositions est-elle assez délicate.

On a parfois proposé de dire que l'article 420 étant exceptionnel, il faut en limiter l'application au seul contrat qu'il prévoit directement, au contrat de vente, et que, dans tous les autres cas, on ne peut donner compétence qu'au tribunal du domicile du défendeur (1). Cette interprétation est manifestement trop étroite. Sans doute le texte de la loi, en parlant de marchandise livrée et de paiement, a en vue le contrat de vente, mais ce n'est nullement dans l'intention de limiter l'article 420 aux difficultés naissant de ce contrat. Il a pris la vente comme type des opérations commerciales, ainsi qu'il l'a fait ailleurs, notamment au titre VII du livre I du Code de commerce où, sous la rubrique *Des achats et ventes*, il s'occupe en réalité, non pas seulement de la preuve du contrat de vente, mais de celle de toute opération commerciale.

Aussi, cette première interprétation peut-elle être considérée comme abandonnée, mais il ne faut pas dire en sens contraire et d'une manière trop générale que le demandeur a le choix entre les trois tribunaux de l'article 420 du Code de procédure dans tout procès commercial, quelle que soit sa cause, qu'il naisse d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit (2). Il résulte du texte même de l'article 420, que son application concerne seulement les contrats commerciaux. Il ne peut plus être en effet question de promesse faite, lorsque le procès a sa cause dans un quasi-contrat, un délit ou un quasi-délit. Même en ces matières, les tribunaux de commerce peuvent sans doute être compétents, du moment qu'il s'agit de quasi-contrats, de délits ou de quasi-délits commerciaux par eux-mêmes ou en vertu de la théorie de l'accessoire ; mais, parmi ces différents tribunaux, celui du défendeur sera seul compétent (3).

Le mieux est donc de limiter l'article 420 du Code de procédure à toute contestation qui a sa cause dans une promesse, c'est-à-dire dans un contrat commercial, mais, dans cette mesure, l'article 420 s'applique à tous les contrats, tels notamment que la vente, l'ouverture de crédit faite par un banquier à un commerçant, le louage d'ouvrage (4) ou de service (5), le mandat (6), la commission (7), l'assurance, le transport (8). Encore faut-il que l'existence du contrat ne soit pas sérieusement contestée (9), autrement le tribunal du défendeur deviendrait seul compétent (10). Mais on ne tiendrait pas compte

(1) Cass., 5 mai 1880, S. 80, 1, 263.

(2) Req., 29 janvier 1883, D. P. 83, 1, 314; req., 21 février 1887, D. P. 88, 1, 38 ; Poitiers, 21 janvier 1891, D. P. 92, 2, 249 et ma note; req., 9 mai 1894, D. P. 95, 1, 13.

(3) Paris 6 et 9 juin 1894, D. P. 95, 2, 7; civ. cass., 11 décembre 1895, D. P. 96, 1, 263 ; civ. cass., 20 mai 1896, D. P. 96, 5, 134; req., 26 janvier 1898, D. P. 98, 1, 175.

(4) Req., 9 mai 1894, D. P. 95, 1, 13.

(5) Req., 21 février 1887, D. P. 88, 1, 38; Orléans, 21 février 1889, D. P. 90, 2, 164; req., 6 mai 1891, D. P. 92, 1, 487.

(6) Bordeaux, 9 août 1888, D. P. 90, 2, 150.

(7) Req., 2 juin 1885, D. P. 86, 1, 212.

(8) Pau, 2 mars 1895, D. P. 95, 2, 383.

(9) Grenoble, 13 décembre 1895, D. P. 96, 2, 371.

(10) Limoges, 10 mars 1877, D. P. 78, 2, 16 ; Bourges, 8 août 1877, D. P. 78, 2, 212 ;

d'une contestation qui ne serait pas sérieuse et qui aurait précisément pour objet d'éviter l'application de l'article 420 (1).

Quelques explications sont nécessaires pour préciser la compétence du tribunal du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée. La réunion de ces deux conditions est imposée par la loi et dès lors, si la promesse avait été faite, c'est-à-dire si le contrat s'était formé dans un lieu et si la marchandise avait été livrée ou devait l'être dans un autre, le procès ne pourrait être porté, ni au tribunal du lieu du contrat, ni au tribunal du lieu de la livraison (2).

On voit combien il est important de savoir en quel lieu se forme un contrat, puisque, si la livraison se fait dans le même lieu, le tribunal de ce lieu deviendra compétent. Or, il est parfois assez délicat de trancher cette question. Ainsi, on se demande encore aujourd'hui en quel lieu se forme un contrat par correspondance. On a soutenu qu'en pareil cas le contrat ne prend naissance qu'au moment où l'auteur des offres a connaissance de leur acceptation. Si, par exemple, un marchand de Lille écrit à un marchand de Bordeaux pour lui acheter un certain nombre de pièces de vin, le contrat se formera, non pas à Bordeaux, au moment de l'acceptation des offres, mais à Lille, au moment où l'auteur des offres aura connaissance de leur acceptation. Cette solution est cependant aujourd'hui très généralement repoussée par la jurisprudence et avec raison. Elle consacre, en effet, une dérogation au droit commun, suivant lequel les contrats sont parfaits par le seul échange des consentements ; or cet échange se produit au moment et au lieu où les offres sont acceptées (dans notre exemple, à Bordeaux) et il n'est pas juridique d'exiger, en outre, que l'auteur des offres sache qu'on y a acquiescé. Lorsque le législateur a voulu déroger au principe de la formation des contrats par le seul échange des consentements, il a eu soin de le dire ; c'est ce qu'il a fait notamment en matière de donation. Mais pour le contrat par correspondance, la loi a gardé le silence et dès lors le droit commun reprend son empire (3).

Tout contrat passé par mandataire ayant qualité à cet effet est considéré comme fait par le mandant lui-même et au lieu où il est conclu : c'est le cas du commis voyageur traitant pour la maison de commerce qu'il représente et à plus forte raison pour le commissionnaire qui contracte en son

req., 27 décembre 1880, D. P. 81, 1, 421 ; Toulouse, 11 juin 1881, D. P. 82, 2, 206 ; req., 18 juillet 1881, D. P. 81, 1, 447 ; Bourges, 27 janvier 1892, D. P. 93, 2, 358 ; Lyon, 12 avril 1892, D. P. 93, 2, 324 ; Dijon, 5 décembre 1893, D. P. 94, 2, 95 ; Lyon, 27 février 1894, D. P. 94, 2, 371.

(1) Req., 17 décembre 1889, D. P. 90, 5, 112 ; Dijon, 23 octobre 1894, D. P. 95, 2, 214 ; civ. cass., 5 juillet 1898, D. P. 98, 1, 432 ; civ. cass., 22 novembre 1898, D. P. 98, 1, 544 ; Rouen, 13 janvier 1897, D. P. 99, 2, 405.

(2) Req., 6 décembre 1875, D. P. 77, 1, 178 ; req., 18 juin 1879, D. P. 81, 1, 33 ; req., 21 juin 1882, D. P. 83, 1, 472.

(3) Nancy, 9 février 1874, S. 76, 2, 174 ; Rouen, 28 février 1874, D. P. 77, 2, 222 ; Chambéry, 8 juin 1877, D. P. 78, 2, 113 ; Douai, 15 mars 1888, D. P. 88, 2, 37 ; Poitiers, 21 janvier 1891, D. P. 92, 2, 249 ; Lyon, 12 avril 1892, D. P. 93, 2, 324 ; Limoges, 2 mars 1894, D. P. 95, 2, 257 ; Chambéry, 19 mai 1896, D. P. 98, 2, 114. Un arrêt du 1er décembre 1875 (D. P. 77, 1, 450) a décidé que notre question est de pur fait, mais cette décision est restée isolée.

nom personnel. Mais, fort souvent, le commis d'une maison de commerce traite sous condition de rectification du patron. On a dit et jugé qu'en pareil cas le contrat se forme au lieu où il est ratifié, par la raison que, sans cette ratification, il n'existerait pas. (1) Cette solution est généralement repoussée. Il est en effet de principe qu'en cas de gestion d'affaires les choses doivent se passer comme s'il y avait eu mandat, toutes les fois que la gestion est ratifiée. Or, nous venons de voir qu'en cas de mandat le contrat se conclut au lieu où se trouve le mandataire (2).

La question de savoir en quel lieu se fait, non plus la promesse, mais la livraison de la marchandise a aussi soulevé une controverse pour le cas de contrat de transport, parce qu'alors, en effet, il se produit deux livraisons, la première de l'expéditeur au voiturier, la seconde du voiturier au destinataire. Quelle est celle qui doit servir à déterminer la compétence? Certains arrêts se prononcent pour le tribunal du lieu où les moyens de transport ont été fournis (4) et d'autres pour le tribunal du lieu de la destination (3). A notre avis, il faut s'attacher à la livraison, qui se fait en exécution du contrat, et donner compétence au tribunal du lieu de la destination; on ne doit pas tenir compte de la première livraison, de celle qui a lieu de l'expéditeur au voiturier, parce qu'elle a pour objet de préparer le contrat de transport et non de l'exécuter (5).

Pour que le tribunal du lieu où la promesse a été faite soit compétent, il n'est pas nécessaire que la marchandise ait déjà été livrée; il suffit qu'elle soit livrable (6).

Lorsqu'il s'élève une difficulté sur le point de savoir si les deux conditions de l'article 420 du Code de procédure sont réunies, c'est au demandeur à faire la preuve, et, dans le doute, on ne donne compétence qu'au tribunal du domicile du défendeur.

En troisième lieu, l'article 420 du Code de procédure attribue aussi compétence au tribunal du lieu où le paiement a été ou doit être fait. Le mot *paiement* s'appliquant ici, non seulement au cas de vente, mais encore, comme on l'a vu, à tout contrat commercial, doit s'entendre d'une manière assez large; il faut l'appliquer à tout ce qui peut être considéré comme un prix, mais sans aller jusqu'à entendre par paiement l'exécution d'une obligation quelconque (7), car alors on y ferait rentrer la livraison de la marchandise, et la troisième disposition de l'article 420 du Code de procédure rendrait la seconde inutile. Par exemple, on pourra considérer comme prix les primes d'assurance dues par l'assuré. Lorsque le lieu du paiement n'a pas été déterminé dans le contrat, le paiement doit se faire suivant les prescriptions de

(1) Aix, 27 juillet 1878, S, 79, 2, 112.
(2) Civ. cass., 25 février 1879, D. P. 79, 1, 102; Bordeaux, 8 février 1881, S. 83, 2, 69; Toulouse, 27 mars 1884, D. P. 85, 1, 52; Montpellier, 4 mai et 26 juillet 1889, *Gaz. du Palais*, 1889, 2, 74 et 653.
(3) Amiens, 4 décembre 1875, D. P. 77, 5, 113; Cass., 13 mars 1878, D. P. 78, 1. 312; Cass., 30 mars 1881, D. P. 81, 1, 359.
(4) Req., 18 juin 1867, D. P. 67, 1, 330.
(5) Lyon, 12 avril 1892, D. P. 93, 2, 324.
(6) Cass., 30 novembre 1880, S. 82, 1, 224.
(7) C'est ce qu'a cependant jugé le tribunal de Bastia, le 10 mai 1894, D. P. 96, 2, 118.

l'article 1247 du Code civil, c'est-à-dire au domicile du débiteur (1), et, dans cet article, il s'agit, non pas du domicile qu'avait le débiteur au moment du contrat, mais de son domicile au moment où le paiement doit être effectué (2). Parfois, la fixation du lieu de paiement résulte même d'une convention purement tacite (3). Fort souvent, dans la pratique, la facture d'un commerçant porte l'indication d'un lieu de paiement; la jurisprudence décide que cette indication est obligatoire pour le débiteur, à moins qu'il ne proteste au moment même où il reçoit la facture ou toute autre pièce indicative du lieu de paiement ; autrement, son silence vaut consentement tacite (4).

D'ailleurs, quoique le lieu du paiement attribue juridiction, cependant il ne vaut pas élection de domicile et il en résulte notamment que l'assignation ne peut pas être donnée à ce lieu du paiement.

Lorsqu'il existe un doute quant au point de savoir si on a droit ou non à paiement, c'est encore au demandeur à faire la preuve et, s'il ne la fait pas, le tribunal du domicile du défendeur devient seul compétent (5).

En donnant ainsi juridiction à trois tribunaux, l'article 420 du Code de procédure a seulement voulu élargir la règle générale ordinaire, mais sans entendre déroger aux compétences spéciales de l'article 59 du Code de procédure et, notamment, en cas de pluralité de défendeurs, de domiciles élus, de sociétés, de garanties, de faillites, on appliquera les règles contenues dans cet article 59.

En matière de faillite, le tribunal compétent est celui du lieu où la faillite s'est ouverte et la faillite s'ouvre au lieu du domicile du failli (art. 59 C. pr.). Il en résulte que cette disposition ne déroge pas, en réalité, au droit commun dans le cas où l'action est intentée contre les syndics. C'est seulement dans le cas contraire, où les syndics sont demandeurs, qu'il y a vraiment dérogation à la règle ordinaire. Cette compétence spéciale ne s'applique qu'aux faits qui prennent naissance dans la faillite (6) et elle est étrangère aux faits antérieurs (7); mais, dans la mesure où elle s'applique, elle concerne toutes les opérations, même les ventes d'immeubles. Ainsi, la demande en nullité d'une vente d'immeubles, fondée sur ce que le failli l'a faite depuis le jugement déclaratif de sa faillite ou la cessation de ses paiements ou dans les dix jours qui précèdent, est une action mixte

(1) Lyon, 21 janvier 1891, D. P. 92, 2, 249; Lyon, 12 avril 1892, D. P. 93, 2, 324; req., 25 octobre 1897, D. P. 98, 1, 478; Grenoble, 31 décembre 1898, D. P. 99, 2, 376.

(2) Civ. rej., 9 juillet 1895, D. P. 96, 1, 349.

(3) Req., 1er août 1888, D. P. 89, 1, 252.

(4) Req., 1er décembre 1875, D. P. 77, 1, 450; req., 18 juin 1879, 14 janvier et 13 avril 1880, D. P. 81, 1, 33; req., 21 juin 1882, D. P. 83, 1, 472; req., 12 février 1883, D. P. 83, 1, 257; req., 4 juillet 1883, D. P. 84, 5, 107; Toulouse, 27 mars 1884, D. P. 85, 1, 52; req., 29 décembre 1885, D. P. 86, 1, 418; req., 9 juin 1885, D. P. 87, 1, 384; req., 26 décembre 1898, D. P. 99, 1, 319.

(5) Req., 17 décembre 1889, D. P. 90, 5, 112; Bourges, 27 janvier 1892, D. P. 93, 2, 358; Lyon, 27 février 1894, D. P. 94, 2, 371; Grenoble, 13 décembre 1895, D. P. 96, 2, 371; req., 18 janvier 1897, D. P. 97, 1, 160.

(6) Req., 2 juin 1885, D. P. 86, 1, 212; req., 9 février 1886, D. P. 86, 1, 453; civ. cass., 8 avril 1884, D. P. 84, 1, 439; Douai, 26 novembre 1892, D. P. 94, 2, 107; req., 30 juillet 1894, D. P. 95, 1, 86; Nancy, 20 février 1894, D. P. 94, 2, 231.

(7) Rennes, 22 juillet 1879, D. P. 81, 2, 31; req., 11 juin 1888, D. P. 89, 1, 239.

immobilière et cependant elle sera portée au tribunal du lieu où la faillite a été déclarée.

Les mêmes règles s'appliqueraient au cas de liquidation judiciaire telle qu'elle est admise par la loi du 22 avril 1871 (1) et par la loi du 4 mars 1889.

## § 31. — Compétence relative des juges de paix (art. 2 et 3 C. pr.).

Les principes concernant la compétence relative des juges de paix sont contenus dans les articles 2 et 3 de ce code et se ramènent à une règle avec une exception. En règle générale, le juge de paix compétent est celui du domicile du défendeur, mais ce principe comporte en justice de paix les mêmes exceptions que pour les tribunaux d'arrondissement, notamment en cas de pluralité de défendeurs, de société, de garantie, d'élection de domicile. En outre, l'article 3 donne compétence au juge de paix de la situation de l'immeuble, bien qu'il s'agisse d'actions personnelles : en matière de dommages causés aux champs, fruits, récoltes; en matière de réparations locatives ; en matière de demandes d'indemnités, formées par le fermier ou locataire pour non-jouissance ou par le propriétaire pour dégradation.

La loi du 25 mai 1838 énumère un grand nombre d'affaires pour lesquelles elle donne compétence au juge de paix, même s'il s'agit d'intérêts supérieurs à 200 francs, et soit jusqu'à la somme de 1 500 francs, soit même sans limite. Dans ce dernier cas, la compétence du juge de paix étant illimitée tient à la nature de l'affaire plutôt qu'à la valeur du litige et tantôt il juge toujours à charge d'appel comme en matière possessoire, tantôt sans appel jusqu'à 100 francs. Un certain nombre de lois ont aussi étendu la compétencé des juges de paix au delà des chiffres ordinaires et leur ont donné compétence, quelle que soit la valeur du litige (2), mais on ne dit pas quel est le juge de paix qui devra connaître de chacune de ces affaires. Il faut dès lors, pour trancher cette question, appliquer les principes généraux ou s'inspirer de l'article 3 du Code de procédure et donner compétence au tribunal de la situation de l'immeuble dans les cas analogues à celui de l'article 3. Ainsi, on portera au juge de paix de la situation de l'immeuble les actions relatives à l'élagage des arbres ou haies, au curage des fossés, aux canaux, au bornage, à l'observation des distances pour les plantations, aux travaux de l'article 674 du Code civil. On admet même cette compétence pour les actions en paiement de loyers ou de fermages et pour réparations locatives, pour les congés, demandes en résiliation, en expulsion de lieux, en validité de saisie gagerie. Certains auteurs ont cependant plus de scrupules et soutiennent que ces actions relèvent du juge de paix du domicile du défendeur. Quant aux demandes alimentaires, aux contestations entre maîtres et domestiques ou gens de service, de paiement des nourrices, aux actions civiles pour

(1) Civ. cass., 24 janvier 1887, D. P. 87, 1, 214.

(2) Voy., par exemple, loi du 10 juin 1854 sur le drainage, art. 5 ; loi du 15 novembre 1887 sur les funérailles, art. 4; loi du 9 avril 1898, art. 15 qui donne compétence en dernier ressort, à quelque chiffre que la demande s'élève, au juge de paix du canton où l'accident s'est produit pour les contestations, entre la victime de l'accident et le chef de l'entreprise, relatives aux frais funéraires, aux frais de maladie ou aux indemnités temporaires.

diffamation, injure, rixe, voies de fait, c'est le juge de paix du défendeur qui est compétent, sans difficulté, à raison de la nature personnelle de ces actions. On hésite beaucoup à obliger l'aubergiste à agir contre le voyageur devant le tribunal du domicile de celui-ci qui peut se trouver à une grande distance. Mais le droit commun impose cette solution et il ne faut pas oublier que l'aubergiste est protégé par un droit de gage et de rétention sur les effets mobiliers du voyageur.

Pour les contestations entre patrons et ouvriers, la loi donne compétence, non pas au conseil de prud'hommes du domicile du défendeur, mais à celui dans le ressort duquel est située la fabrique à laquelle appartiennent le patron et l'ouvrier (avis du Conseil d'État du 20 février 1810 contenant nouvelle rédaction du décret du 11 juin 1809, art. 11).

### § 32. — Compétence ou incompétence des tribunaux français pour les contestations entre Français et étrangers ou entre étrangers (art. 14 et 15 C. civ.).

Dans tout ce qui précède nous avons toujours supposé des contestations qui s'élèvent entre Français. Mais il peut arriver qu'un procès naisse, en France, entre un Français et un étranger ou entre deux étrangers. Quel sera le tribunal compétent?

Si le procès naît entre un Français et un étranger et si le Français est défendeur, on applique le droit commun : l'étranger devra actionner le Français devant le tribunal de son domicile, même pour l'exécution des obligations que ce Français a contractées à l'étranger (art. 15 C. civ.). Aux Français par naissance, il faut assimiler les étrangers naturalisés en France; ils peuvent être traduits devant les tribunaux français, même pour l'exécution d'obligations nées à leur charge avant leur naturalisation (1). Toutefois l'étranger demandeur est tenu de fournir au Français défendeur qui la réclame, la caution *judicatum solvi* qui garantit en toute matière civile (art. 16 C. civ.) ou commerciale (loi du 5 mars 1895) le paiement des frais et des dommages-intérêts résultant du procès pour le cas où il succomberait.

C'est ce que nous verrons avec plus de détails au titre des exceptions.

Lorsque le procès s'élève entre un Français demandeur et un étranger défendeur, la loi autorise le Français à traduire l'étranger devant un tribunal français et à enlever ainsi l'étranger à ses juges naturels qui sont eux-mêmes des étrangers. La loi n'a pas voulu que le Français fût obligé d'aller plaider hors de France contre un étranger défendeur, ce qui aurait été la conséquence de la règle : *Actor sequitur forum rei.* Il s'agit ici d'un droit civil dans le sens strict de ce mot, c'est-à-dire d'un droit réservé au Français. En présence des termes généraux de la loi, on doit en faire profiter même les Français qui résident à l'étranger (2), même les Français par naturalisation (3). Toutefois, dans ce dernier cas, il faut supposer une obligation née au profit du Français depuis sa naturalisation. Si l'obligation s'était formée à une

(1) Req., 27 mars 1833, S. 33, 1, 262; req. 16 janvier 1867, S. 67, 1, 159.
(2) Civ. cass., 26 janvier 1836, S. 36, 1, 217.
(3) Paris, 21 février 1864, S. 66, 1, 157; Cass., 16 janvier 1867, S. 67, 1, 159.

époque où le créancier était encore étranger, il ne pourrait pas invoquer l'article 14 du Code civil, car son changement de nationalité ne saurait nuire à son débiteur.

L'article 14 du Code civil dit que les tribunaux français sont compétents pour connaître des actions qui naissent d'obligations *contractées* par les étrangers au profit des Français; mais cette expression n'est pas assez large et, dans l'esprit de la loi, la compétence des tribunaux français existe, quelle que soit la cause de l'obligation, contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit (1). Cet article 14 s'applique même si la créance se rattache à une succession ouverte, à une société établie, à une faillite déclarée à l'étranger et, par exemple, les créanciers français d'une succession ouverte à l'étranger peuvent agir devant les tribunaux français contre les héritiers étrangers en paiement de ce qui leur est dû (2).

La loi ne dit pas quel est le tribunal français compétent; ce sera bien entendu celui du domicile de fait, ou celui de la résidence de l'étranger défendeur, si celui-ci a, en effet, un domicile de fait ou une résidence en France, quoique son domicile de droit se trouve à l'étranger (3). A défaut de domicile ou de résidence, certains auteurs ont voulu donner compétence au tribunal du lieu où l'obligation est née, lorsqu'elle s'est formée en France. Mais outre que cette règle ne saurait s'appliquer aux obligations nées à l'étranger, elle a le tort de ne se fonder sur aucun texte, car, même en matière commerciale, l'article 420 du Code de procédure consacre un système différent. Pour résoudre cette question, il suffit de remonter, comme nous l'avons déjà fait plusieurs fois, à l'idée fondamentale de l'article 59 du Code de procédure : lorsque le législateur a le choix entre le tribunal du domicile du défendeur et le tribunal du domicile du demandeur, il préfère le premier au second; mais du moment que le défendeur n'a ni domicile ni résidence en France, il ne reste plus qu'un juge naturel aux plaideurs, celui du demandeur (4). C'est donc ce tribunal qui est compétent; d'ailleurs comme il s'agit là d'une disposition de faveur réservée aux Français, il va sans dire que le Français demandeur peut y renoncer expressément ou même tacitement (5) et actionner le défendeur étranger, soit devant ses juges naturels à l'étranger, soit devant un tribunal français autre que celui du demandeur, mais plus rapproché de la frontière du pays auquel appartient cet étranger, pourvu que, dans ce dernier cas, il n'y ait aucun esprit de fraude.

Le bénéfice de l'article 14 du Code civil est retiré au Français demandeur et celui-ci est obligé d'agir à l'étranger dans un certain nombre de cas.

C'est ce qui se produit en premier lieu toutes les fois que le défendeur étranger est un gouvernement, un souverain, un ambassadeur, en un mot

(1) Cass., 12 août 1872, S. 72, 1, 323; Rennes, 21 décembre 1887, D. P. 89, 2, 145; Aix, 28 février 1889, D. P. 90, 2, 59.

(2) Paris, 17 novembre 1834, S. 36, 2, 171; Paris, 11 décembre 1847, S. 48, 2, 49; Paris, 11 décembre 1855, S. 56, 2, 302; Paris, 12 janvier 1858, S. 58, 2, 542; req., 19 avril 1859, S. 59, 1, 411.

(3) Civ. cass., 4 mars 1885, S. 85, 1, 169.

(4) Aix, 28 février 1889, D. P. 90, 2, 59.

(5) Paris, 9 mars 1887, D. P. 88, 2, 49; civ. cass., 13 mars 1889, D. P. 89, 1, 420.

une personne jouissant de la souveraineté ou du bénéfice de l'exterritorialité. L'article 14 du Code civil se restreint aux procès entre particuliers. Dans le projet du Code civil, un article spécial s'occupait, il est vrai, des contestations des Français avec les États étrangers, mais il a été supprimé, précisément parce que ces dispositions rentrent dans le droit international. Or, ce droit pose en principe l'indépendance et la souveraineté des nations et ce principe exige que les États ou leurs représentants ne puissent pas être actionnés devant les tribunaux étrangers. D'ailleurs, on remarquera que si le Français est créancier d'un État étranger en vertu d'un contrat, il ne doit s'en prendre qu'à lui-même d'être obligé d'agir devant les tribunaux de cet État. Sa situation ne devient vraiment intéressante que dans le cas où sa créance est née d'une cause autre qu'un contrat, par exemple d'un accident. Il peut lui être alors très préjudiciable d'être privé du droit d'invoquer l'article 14. C'est ainsi que les propriétaires du navire la *Ville-de-Victoria*, coulé dans les eaux du Tage par le cuirassé anglais le *Sultan*, ne purent pas demander justice aux tribunaux français.

Toutefois, lorsqu'un État étranger ou son représentant possède en France des immeubles, alors les tribunaux français deviennent compétents ; cet État ou cet agent diplomatique n'est plus qu'un simple particulier, un propriétaire ordinaire et, l'immeuble étant situé en France, la souveraineté étrangère ne saurait s'exercer sur ce bien. On décide aujourd'hui, d'une manière plus générale, que pour savoir si un État ou un agent diplomatique est justiciable ou non des tribunaux français, il faut distinguer suivant qu'il a traité en cette qualité ou comme simple particulier. Dans le premier cas seulement, il échappe à la juridiction française ; mais pour les actes de la vie privée et, par exemple, si l'État ou l'agent diplomatique se livre au commerce, il devient justiciable des tribunaux français, à moins que ces actes ne soient l'accessoire de ses fonctions comme personne publique, notamment s'il s'agit de dépenses faites pour ses réceptions officielles. Mais si un agent diplomatique étranger fait le commerce, achète des immeubles, passe un contrat qui n'a aucun rapport avec ses fonctions, il n'est plus alors qu'une personne privée, justiciable des tribunaux français. La jurisprudence semble cependant préférer encore la solution contraire et elle décide, sauf pour le cas où il s'agit d'immeubles situés en France, que les agents diplomatiques jouissent du bénéfice d'immunité vis-à-vis des juridictions du pays dans lequel ils sont établis, sans qu'il y ait lieu de rechercher s'ils ont traité en cette qualité ou comme personne privée (1).

Les simples consuls et agents commerciaux ne doivent pas être assimilés aux agents diplomatiques, sauf exception pour certains consuls du Levant dont les fonctions sont d'une nature mixte (2).

(1) Paris, 12 juillet 1867, D. P. 67, 2, 125 ; Paris, 30 juin 1876, *Journal de droit international privé*, année 1876, p. 272 ; trib. de la Seine, 31 juillet 1878, *ibid.* 1878, p. 500 ; Lyon, 11 décembre 1883, *ibid.* 1884, p. 56 et ma note sous cet arrêt.

(2) Il résulte de ce qui vient d'être dit qu'un tribunal français ne peut permettre une saisie-arrêt contre un gouvernement ou un agent diplomatique étranger sur les valeurs mobilières qu'il possède en France, qu'autant qu'on se trouve dans un des cas où les tribunaux français ont le droit de le juger, à moins cependant que la loi nationale de ce gouvernement ne permette la saisie-arrêt, même contre l'État.

En second lieu, le Français demandeur ne peut pas non plus invoquer l'article 14 du Code civil lorsque l'application de cet article a été écartée par des traités diplomatiques (1).

Il faut en dire autant du Français demandeur qui était encore étranger au moment où l'obligation est née, autrement son changement de nationalité nuirait à son débiteur.

Le Français cessionnaire d'une créance due par un étranger à un autre étranger ne peut pas non plus actionner le débiteur cédé devant les tribunaux français ; le cédant étranger n'ayant pas ce droit n'a pas pu le lui transmettre et il ne saurait se prévaloir de sa qualité de Français contre le débiteur, précisément parce que celui-ci s'est obligé envers un étranger. Toutefois, ce principe cesse de s'appliquer si l'obligation résulte d'effets négociables, parce qu'en pareil cas le débiteur s'oblige envers celui qui sera titulaire de l'effet au jour de l'échéance (2).

Les contestations entre étrangers soulèvent encore aujourd'hui une grave difficulté : il s'agit de savoir si les tribunaux français sont compétents pour en connaître (3).

Dans notre ancienne France, on posait en principe que les tribunaux français étaient incompétents pour statuer sur les contestations entre étrangers, mais on ajoutait que cette incompétence était relative, de sorte que le tribunal français devenait compétent et avait le droit, mais non l'obligation, de juger, si le défendeur ne proposait pas l'incompétence au début de l'affaire. C'est bien encore la solution qu'a consacrée très généralement la jurisprudence jusque dans ces derniers temps (4). Mais avant d'arriver à cette controverse, il est nécessaire, pour en préciser l'étendue, d'écarter les cas assez nombreux pour lesquels la doctrine et la jurisprudence sont d'accord et admettent la compétence des tribunaux français, sans s'occuper de la nationalité des parties, par conséquent même entre étrangers.

En premier lieu, les tribunaux français sont compétents entre étrangers en matière réelle ou mixte immobilière, pétitoire ou possessoire, du moment qu'il s'agit d'un immeuble situé en France : c'est la conséquence du principe suivant lequel ces immeubles ne relèvent que de la souveraineté française. On en conclut qu'en matière de succession d'un étranger, les tribunaux français sont compétents dans la mesure où cette succession comprend des immeubles situés en France (5). On admet aussi, assez généralement, cette compétence en matière réelle mobilière, bien que la question paraisse assez délicate (6).

(1) Voy. traité franco-suisse du 15 juin 1869.

(2) Cass., 18 mai 1856, S. 57, 1, 586; civ. cass., 12 août 1872, D. P. 72, 1, 293.

(3) Voy. sur cette question, dans le sens de la négative, l'article de M. Féraud-Giraud, dans le *Journal de droit international privé*, année 1880, p. 137 ; en sens contraire, mon article dans le même *Journal*, année 1881, p. 105 et dans la *France judiciaire*, t. V, p. 241.

(4) Alger, 5 juin 1874, D. P. 74, 2, 91; req. 5 mars 1879, D. P. 80, 1, 9; Lyon, 23 février 1887, D. P. 88, 2, 33 ; Alger, 16 mai 1888, D. P. 90, 2, 93 ; Paris, 13 juillet 1888, D. P. 89, 2, 93 ; Paris, 23 avril 1890, D. P. 91, 2, 175.

(5) Civ. rej., 10 janvier 1883, D. P. 83, 1, 460.

(6) Sur la compétence en matière de succession d'un étranger ouverte en France, voy. les documents dans Vincent et Penaud, *Dictionnaire de droit international privé*, v° *Succession* ; Despagnet, *Précis de droit international privé*, p. 678.

En second lieu, certains traités diplomatiques donnent compétence aux tribunaux français pour juger les contestations de leurs nationaux (1).

En troisième lieu, nos tribunaux ont également compétence entre étrangers pour les actions civiles accessoires aux actions publiques intentées en France (arg. art. 3 C. inst. crim.) (2).

En quatrième lieu, ils connaissent aussi des actions civiles naissant des délits ou quasi-délits purement civils ; c'est la conséquence de ce que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui se trouvent en France (3).

En cinquième lieu, il en est de même toutes les fois que le litige porte sur des intérêts publics ; c'est ainsi qu'un étranger peut demander aux tribunaux français l'annulation d'un brevet pris en France par un autre étranger (4).

En sixième lieu, on a toujours admis, autrefois comme aujourd'hui, que les règles de la compétence commerciale s'appliquent sans qu'on s'occupe jamais de la nationalité des parties ; l'article 420 du Code de procédure concerne donc même les procès entre étrangers (5).

En septième lieu, les tribunaux français sont compétents pour toutes les mesures provisoires ou conservatoires qui tiennent aux lois de police ou de sûreté, même entre étrangers, parce que ces lois obligent tous ceux qui habitent le territoire français et, notamment, ces tribunaux peuvent autoriser une femme étrangère à quitter son mari ou, au contraire, à réintégrer le domicile conjugal (6), assurer le respect de la puissance paternelle par l'exercice du droit de correction, ordonner toutes les mesures provisoires qui peuvent être nécessaires en cas de demande en divorce ou de séparation de corps, bien que les tribunaux français soient incompétents pour statuer sur le fond et notamment régler la garde provisoire des enfants, accorder une provision alimentaire à la femme (7).

En huitième lieu, les tribunaux français sont encore compétents toutes les fois que le défendeur étranger est subrogé à un Français. Si cette subrogation n'avait pas eu lieu, l'étranger aurait eu le droit de s'adresser aux tribunaux français et on ne peut pas admettre que la subrogation l'ait privé de ce droit.

En neuvième lieu, les tribunaux français restent compétents si le défendeur étranger est un Français qui a changé de nationalité par pur esprit de

(1) Tels sont le traité franco-suisse du 15 juin 1869 et le traité franco-badois du 16 avril 1846. Le premier s'applique même aux demandes en divorce, Paris, 29 mars 1898, D. P. 98, 2, 269.

(2) Paris, 21 mars 1862, S. 63, 2, 411 ; Nancy, 9 février 1886, D. P. 87, 2, 31.

(3) Nancy, 9 février 1886, cité *supra* ; Grenoble, 26 octobre 1897, D. P. 98, 2, 456 Cpr. req., 26 décembre 1899, D. P. 1900, 1, 90.

(4) Trib. de la Seine, 26 juillet 1879, D. P. 3, 39.

(5) Cass., 22 novembre 1875, D. P. 77, 1, 333 ; Paris, 21 mai 1885, D. P. 86, 2, 14 ; Gand, 11 janvier 1890, D. P. 90, 2, 353; Montpellier, 27 juillet 1895, D. P. 95, 2, 28.

(6) Lyon, 25 février 1857, S. 57, 2, 625.

(7) Paris, 26 mars 1889, D. P. 90, 2, 128; Paris, 12 mars 1891, D. P. 92, 2, 324; Paris, 3 février 1892, D. P. 93, 2, 221; Paris, 26 février 1895, D. P. 96, 2, 113. Jugé toutefois que les tribunaux français sont incompétents pour accorder à la femme étrangère une provision *ad litem*, bien que cette mesure ait un caractère provisoire, parce qu'elle n'est pas de droit naturel. Paris, 31 octobre 1890, D. P. 91, 2, 199; Paris, 3 février 1892, D. P. 93, 2, 221; Alger, 7 mars 1898, D. P. 99, 2, 377.

fraude et précisément pour éviter la compétence de tous les tribunaux français. C'est l'application du principe que la fraude ne doit jamais produire l'effet juridique qu'on voulait en faire résulter (1).

En dixième lieu, les tribunaux français ont qualité et juridiction pour statuer, même entre étrangers, sur les contestations relatives à leurs contrats de mariage, et notamment sur les demandes en séparation de biens, lorsqu'il s'agit d'époux étrangers établis en France et qui, par actes français destinés à être exécutés en France, ont adopté un régime matrimonial du Code civil (2).

Nous arrivons à d'autres cas moins nombreux et plus rares en pratique où la jurisprudence admet encore la compétence des tribunaux français dans les procès entre étrangers à raison de certaines règles de procédure. Ainsi l'étranger, qui actionne un Français devant un tribunal français, peut aussi mettre en cause un étranger devant ce tribunal, si la demande est la même pour les deux défendeurs (3). On autorise aussi tout étranger à intervenir dans une contestation déjà engagée entre un Français et un étranger (4). De même, le tribunal français, compétent en vertu d'une exception à la règle générale pour statuer sur une contestation entre étrangers, a le droit de connaître de toutes les demandes incidentes relatives à ce procès, bien qu'il eût été incompétent pour les juger si ces incidents avaient fait l'objet d'une demande principale (5). L'étranger actionné en garantie par un Français a le droit de se retourner en sous-garantie contre un autre étranger (6). Enfin, en cas de connexité entre une action intentée par un étranger contre un Français et une autre action entre étrangers, on admet aussi la jonction des deux causes. On remarquera que la plupart de ces dernières exceptions sont déduites de l'article 59 du Code de procédure.

Mais, ces particularités mises à part, la jurisprudence a toujours proclamé, jusque dans ces derniers temps, l'incompétence des tribunaux français pour toutes les contestations qui naissent entre étrangers, même si le défendeur a un domicile de fait ou une résidence en France. Le droit de s'adresser à la justice française est, d'après elle, réservé au Français ; quelle que soit l'interprétation qu'on donne à l'article 11 du Code civil, il faut refuser aux étrangers le droit de plaider entre eux en France. Les tribunaux français ne peuvent donc pas connaître entre étrangers des actions personnelles mobilières, quoique le défendeur ait un domicile de fait ou une résidence en France (7). A plus forte raison, n'ont-ils jamais le droit de connaître des questions d'état qui intéressent ces étrangers et par exemple de prononcer, entre deux époux étrangers, le divorce ou la séparation de corps, même en se conformant à la loi nationale de leur pays (8). Mais il ne faut

(1) Cass., 19 juillet 1875, S. 76, 2, 289 et la note ; Cass., 18 mars 1878, S. 78, 1, 198.

(2) Aix, 23 mai 1887, D. P. 88, 2, 200.

(3) Paris, 29 mars 1879, S. 80, 2, 49 ; cpr. Alger, 28 juin 1887, D. P. 89, 2, 78.

(4) Cass., 7 juillet 1845, S. 45, 1, 728 ; Lyon, 21 juin 1871, S. 72, 2, 201.

(5) Cass., 7 juillet 1845, S. 45, 1, 738.

(6) Voy. *Journal de droit international privé*, année 1877, p. 109 ; Montpellier, 6 juin 1895, *Journal de droit international privé*, année 1896, p. 142 ; *contra* Cass., 17 juillet 1877, S. 77, 1, 449.

(7) Req., 5 mars 1879, D. P. 80, 1, 9 ; Nancy, 9 février 1886, D. P. 87, 2, 31.

(8) Paris, 13 mars 1879, D. P. 80, 2 13 ; Paris, 12 mars 1891, D. P. 92, 2, 324 ; Paris,

pas oublier que les tribunaux français peuvent prendre des mesures provisoires, même à l'occasion des questions d'état, notamment dans l'intérêt des mineurs étrangers dont la tutelle n'est pas organisée dans leur pays (1).

Quelle est la nature de l'incompétence du tribunal français pour juger les contestations entre étrangers ? Sur ce point, la jurisprudence a toujours été très ferme : elle reconnaît que cette incompétence est purement relative, même en matière de question d'état (2) ; elle en déduit logiquement les conséquences suivantes : l'incompétence ne peut être proposée que par le défendeur, et il doit la faire valoir avant toute autre exception (3), sinon l'incompétence est ouverte et le tribunal peut juger, mais il n'y est pas obligé et il a droit de se déclarer d'office incompétent (4).

Ce système de la jurisprudence a été vivement critiqué (5). On a fait remarquer qu'il est bien grave, surtout dans un temps comme le nôtre, où les différences de nationalité tendent à s'effacer de plus en plus en matière civile, où les relations internationales deviennent si faciles et si fréquentes, de poser comme principe fondamental que les tribunaux français sont faits pour les Français et non pour les étrangers. Ne vaudrait-il pas mieux admettre que les tribunaux français ont été établis pour assurer le respect des droits de toutes les personnes auxquelles la loi française en reconnaît? Or, quelle que soit l'explication qu'on donne de l'article 11 du Code civil, il est certain que les étrangers ont la jouissance et l'exercice d'un grand nombre de droits civils en France, aussi bien dans leurs rapports entre eux que vis-à-vis des Français. Mais, après leur avoir reconnu ces droits, n'arrive-t-on pas à les leur retirer, ou tout au moins à les compromettre, si l'on décide qu'ils ne sont pas garantis contre d'autres étrangers par l'action en justice? Quiconque jouit d'un droit doit aussi en avoir la sanction à sa disposition, et cela est vrai même entre étrangers qui se trouvent en France, pourvu que leurs actions puissent être intentées d'après les règles ordinaires de la compétence, comme elles seront instruites et jugées dans les formes du Code de procédure. Il doit bien être entendu, en effet, qu'un étranger ne peut agir en justice, en France, contre un autre étranger, qu'autant qu'il existe dans la loi française une base de compétence pour son action. Deux étrangers, de passage pour quelques jours en France, ne sauraient émettre la prétention d'avoir le droit de s'adresser à la justice française, car on ne voit pas quel est le texte qu'ils pourraient invoquer pour établir la compétence de nos tribunaux. Il en serait de même, d'ailleurs, de deux

26 février 1895, D. P. 96, 2, 113; cpr. Amiens, 12 décembre 1888, D. P. 91, 2, 39; trib. de la Seine, 30 avril 1890, D. P. 92, 2, 496.

(1) Besançon, 30 novembre 1887, D. P. 88, 2, 113.

(2) Alger, 5 juin 1874, D. P. 78, 2, 91 ; req., 5 mars 1879, D. P. 80, 1, 9; Paris, 13 juillet 1888, D. P. 89, 2, 93 ; Paris, 27 avril 1890, D. P. 91, 2, 175 ; Montpellier, 9 mai 1890, D. P. 91, 2, 197 ; Paris, 12 décembre 1893, D. P. 95, 2, 316. Pour les questions d'état, voy. : Paris, 31 octobre 1890, D. P. 91, 2, 199; Nancy, 23 mai 1900, D. P. 1900, 2, 497.

(3) Lyon, 23 février 1887, D. P. 88, 2, 33 ; Alger, 16 mai 1888, D. P. 90, 2, 98 ; Paris, 23 avril 1890, D. P. 91, 2, 175.

(4) Req., 5 mars 1879, D. P. 80, 119.

(5) Voy. mon article dans la *France judiciaire*, t. V, p. 241.

Français de nos colonies qui viendraient passer quelques jours à Paris ; il n'y a pas en France de tribunal compétent pour les juger, puisque le tribunal du défendeur se trouve dans la colonie où il a établi son domicile.

Mais lorsqu'on peut, au contraire, trouver une base de compétence dans l'article 59 du Code de procédure, on ne voit pas pour quel motif cette compétence serait refusée à l'étranger. En d'autres termes, les lois de compétence de l'article 59 du Code de procédure doivent s'appliquer sans distinction de nationalité. Or on admet aujourd'hui sans difficulté, en doctrine et en jurisprudence, qu'un étranger peut acquérir en France un domicile de fait, ou tout au moins une résidence, et ce domicile ou cette résidence suffit pour attribuer juridiction. Nous poserons donc en principe qu'un étranger peut agir en France contre un autre étranger, même en matière de question d'état, toutes les fois que le défendeur étranger a un domicile ou une résidence (1) ; seulement, s'il s'agit de question d'état, le tribunal français devra, bien entendu, appliquer la loi étrangère.

La jurisprudence a si bien compris que son système peut parfois aboutir à de véritables injustices, qu'elle a essayé d'en atténuer les conséquences, en ajoutant que l'incompétence des tribunaux français entre étrangers est purement relative. Par ce procédé, elle ouvre au demandeur étranger l'accès de la justice française, à la condition que le défendeur l'accepte et que le tribunal français consente à juger. Mais alors, aussi, la jurisprudence se met en contradiction avec elle-même. En effet, quel que soit le sens de l'article 11 du Code civil, relatif aux droits des étrangers en France, il faut bien reconnaître que cet article est d'ordre public. Dès lors, en se fondant sur cet article 11 pour refuser aux étrangers, en principe, le droit d'agir devant les tribunaux français, la jurisprudence devrait en conclure que l'incompétence des tribunaux français est absolue, car on ne peut pas déroger par des conventions formelles ou tacites à des lois d'ordre public. Mais, même en supposant que l'incompétence soit relative, il peut en résulter parfois qu'un étranger soit pour ainsi dire mis hors la loi et se trouve dans l'impossibilité de faire valoir son droit dans aucun pays, parce que le défendeur propose avec succès l'exception d'incompétence. Qu'on suppose, et le cas s'est présenté, une femme mariée à un étranger qui a encouru pour crime politique la mort civile dans son pays ; cette mort civile, sans rompre le mariage d'après la loi de ce pays, empêche cependant, d'après cette même loi, celui qui en est frappé, de conserver un domicile et lui retire le droit de plaider, même comme défendeur. La femme de cet étranger, établie en France depuis de longues années, ne pourra pas obtenir la séparation de corps ou le divorce, ni en France, ni dans le pays d'origine de cet étranger. Il suffit même de supposer un étranger qui a complètement abandonné son pays sans changer cependant de nationalité et qui est venu s'établir en France où il a un domicile de fait pour qu'il devienne aux étrangers, par exemple à ses créanciers étrangers, impossible d'obtenir justice contre lui ; il pourra opposer l'exception d'incompétence qui lui permettra d'échapper aux tribunaux de

(1) Paris, 27 février et 12 mars 1891, le *Droit*, des 18 et 19 mars 1891 ; Paris, 14 janvier 1896, *Journal de droit international privé*, année 1896, p. 149.

son pays, parce qu'il n'y a gardé aucun domicile, et aux tribunaux français, parce qu'il est étranger.

Ces attaques dirigées contre le système de la jurisprudence ont fini par l'emporter en partie. Les tribunaux ont reconnu que leur doctrine conduit parfois à de flagrantes iniquités et prive certaines personnes de toute justice. Aussi admettent-ils aujourd'hui que les tribunaux français sont compétents entre étrangers, non seulement en matière personnelle mobilière, mais même pour les questions d'état, notamment pour prononcer une séparation de corps ou un divorce (d'ailleurs conformément à la loi étrangère), toutes les fois que le défendeur a un domicile de fait ou une résidence en France et qu'il n'indique, en opposant l'exception d'incompétence, aucun tribunal de son pays qui soit compétent pour connaître de l'affaire. L'exception d'incompétence, opposée par le défendeur étranger au demandeur étranger, ne réussit donc plus qu'autant que ce défendeur fait connaître un tribunal de son pays compétent pour juger l'affaire et établit, par exemple, qu'il a conservé dans son pays un domicile réel devant les juges duquel la demande peut être valablement portée (1). Cette solution est très importante et a déjà reçu de nombreuses applications en matière de séparation de corps et de divorce (2). De même, les tribunaux français prononcent l'interdiction d'aliénés étrangers qui n'ont pas de domicile ni de résidence dans leur pays (3).

On ne peut pas dire que les solutions de la jurisprudence sont aujourd'hui semblables à celles de la doctrine, mais il faut bien reconnaître qu'elles s'en sont singulièrement rapprochées.

Dans tous ces cas si nombreux, sur lesquels la doctrine et la jurisprudence s'accordent aujourd'hui pour reconnaître compétence aux tribunaux français entre étrangers, il faut déclarer que le tribunal compétent en matière personnelle ou réelle mobilière, comme aussi pour les questions d'état, est le tribunal du domicile de fait ou, à défaut, de la résidence de cet étranger défendeur. S'il n'a ni domicile ni résidence, et qu'on se trouve cependant dans un cas où les tribunaux français peuvent être compétents, le demandeur saisira alors le tribunal de son propre domicile.

(1) Montpellier, 9 mai 1890; trib. de la Seine, 6 juin 1890; Paris, 9 novembre 1890 et 8 août 1890, D. P. 91, 2, 197.

(2) Trib. de la Seine, 6 juin 1890 et Paris, 4 novembre 1890, D. P. 91, 2, 197; Paris, 8 août 1890, *ibid.*; Paris, 5 décembre 1890, D. P. 92, 5, 299; Paris, 26 février 1891, D. P. 92, 2, 321; Paris, 5 janvier 1893, D. P. 96, 1, 377; Paris, 29 février 1895, D. P. 96, 113.

(3) Paris, 23 mars 1899, D. P. 1900, 2, 21.

# DEUXIÈME PARTIE

## PROCÉDURE DÉGAGÉE D'INCIDENTS

---

## CHAPITRE PREMIER

### DE LA TENTATIVE DE CONCILIATION (ART. 48 à 59).

#### § 33. — Historique et caractères.

Avant que le débat ne soit engagé, la loi veut que les parties se rendent devant un magistrat chargé d'essayer de les concilier. Le préliminaire de conciliation n'a été organisé que par la loi des 16-24 août 1790 et par la loi du 27 mars 1791. Il est certain que, dans presque toutes les législations, les magistrats ont pu, sans violer la loi, essayer d'arranger les plaideurs : le préteur faisait cette tentative chez les Romains ; de même, le juge ecclésiastique, tout au moins pendant les premiers temps de l'Église, de même le juge laïque au moyen âge, surtout dans les petites justices. Mais ce n'étaient pas là des institutions organisées par la loi ; tout dépendait du pouvoir discrétionnaire du juge. Pour découvrir une véritable institution de la tentative de conciliation dans le passé, c'est à l'organisation judiciaire de la Hollande qu'il faut se reporter; de ce pays, elle s'était étendue dans une partie du Nord, notamment dans les Flandres françaises, à Lille, à Valenciennes. Là, certains magistrats, sous le nom d'apaiseurs, faiseurs de paix, appelaient devant eux les parties, faisaient tous leurs efforts pour les amener à un arrangement ; ils obtenaient souvent d'heureux résultats. Voltaire s'enthousiasma pour cette institution et il écrivit à cette occasion, en 1745, une lettre restée célèbre, dont s'inspira certainement la Constituante lorsqu'elle créa la tentative de conciliation. Déjà, auparavant, plusieurs grands seigneurs s'étaient épris de cette institution et l'avaient introduite sur leurs terres (1).

L'Assemblée constituante fonda de telles espérances sur cette institution qu'elle en exagéra l'application et en compromit par cela même le succès : toutes les affaires furent soumises au préliminaire de conciliation, même les contestations entre personnes incapables de transiger ou portant sur des objets

(1) C'est ce que fit, notamment, le duc de Rohan-Chabot sur ses terres de Bretagne.

non susceptibles de transaction. Or la conciliation, ayant pour objet d'arriver à une transaction, devait nécessairement échouer dans ces circonstances. La loi des 16-24 août 1790 (tit. X) ne dispensait de la conciliation que les affaires intéressant la nation, le commerce, l'ordre public. L'entrée du tribunal de conciliation fut interdite par la loi du 27 mars 1791 aux gens de loi considérés comme agents de discorde. Mais les plaideurs, abandonnés à eux-mêmes, hésitèrent à se faire des concessions. Certains juges de paix peu expérimentés ou incapables essayèrent de recourir à la force morale pour contraindre les parties à s'arranger alors qu'elles ne le voulaient pas. Les abus des juges de paix furent tels que le ministre de la justice dut intervenir par une circulaire du 29 brumaire an V. Lors de la discussion du Code de procédure, l'institution des bureaux de paix était tombée dans un tel discrédit, qu'on ne la considérait plus que comme une cause de lenteurs et de frais inutiles. C'est en se fondant sur ces motifs, qu'à l'époque de la rédaction du Code la plupart des cours d'appel demandèrent la suppression de la tentative de conciliation. Le législateur de 1806 eut la sagesse de ne pas suivre cet avis; il comprit tout l'avantage qu'on pourrait tirer de cette institution en la réformant et notamment en en dispensant les affaires qui ne peuvent pas aboutir facilement à une transaction ou pour lesquelles la transaction est même interdite, et aussi en ne l'exigeant plus avant l'instance d'appel, parce qu'à ce moment les deux plaideurs sont déjà aigris l'un contre l'autre par l'effet de la première instance et sont devenus rebelles à tout arrangement. Le législateur de 1806 a fait de la tentative de conciliation une institution durable, qui a même passé avec des modifications dans plusieurs législations étrangères. Le Code de procédure italien admet la tentative de conciliation, mais il la rend facultative et, tout en la conseillant aux parties, il ne la leur impose pas, tandis qu'en France la tentative de conciliation ne peut être supprimée que par l'accord des deux plaideurs ; il suffit qu'un seul l'exige pour qu'on soit obligé d'y recourir. On a d'ailleurs tort de dire qu'elle ne donne aucun résultat satisfaisant. Pour se convaincre du contraire, il suffit de consulter les statistiques que publie chaque année le ministre de la justice dans son rapport sur l'administration de la justice. On y constate sans doute que la tentative de conciliation, qui doit précéder les instances de la compétence des tribunaux d'arrondissement, réussit bien plus fréquemment à la campagne que dans les petites villes et plus dans les petites villes que dans les grandes villes. Cela tient à ce que, parmi les paysans, le juge de paix jouit encore d'une sérieuse autorité et d'une influence qu'il a depuis longtemps presque entièrement perdue dans les villes, où il n'est même pas parfois connu des habitants. Mais il n'en reste pas moins acquis et prouvé par les statistiques que si le nombre des transactions obtenues par les juges de paix diminue insensiblement d'année en année, il n'en représente pas moins encore aujourd'hui les deux cinquièmes des affaires de la compétence des tribunaux d'arrondissement et cette proportion est beaucoup plus élevée pour les affaires de la compétence des juges de paix. Il faut donc maintenir le préliminaire de conciliation et même condamner une certaine pratique usitée dans les grandes villes, notamment à Paris, pour l'éviter. Nous verrons bientôt en effet que les affaires requérant célérité sont dispensées de la ten-

tative de conciliation et que, dans ces mêmes affaires, le demandeur peut, avec l'autorisation du président du tribunal, assigner le défendeur à bref délai. Fort souvent, le demandeur, feignant que l'affaire requiert célérité, demande l'autorisation d'assigner à bref délai; le magistrat se fait son complice volontaire ou inconscient en lui donnant cette autorisation, et le défendeur ne protestant pas dans la suite, la tentative de conciliation est supprimée (1).

La tentative de conciliation est un acte de juridiction gracieuse qui précède l'instance et ne la commence pas, mais il ne faut pas oublier qu'on se trouve d'ailleurs en justice. En exerçant cette juridiction gracieuse, le juge de paix remplit la mission d'un conciliateur et non celle d'un juge; il est appelé à essayer de mettre les parties d'accord et non à les juger.

De ces principes résultent un assez grand nombre de conséquences.

Le préliminaire de conciliation, précédant l'instance, n'est pas soumis à péremption. Si, plus tard, l'instance tombe par péremption et si le demandeur veut renouveler l'instance, il n'est pas tenu de tenter une seconde fois la conciliation (2). Il en serait de même si la première instance avait pris fin par son désistement, lequel ne porte aussi que sur l'instance et non sur la tentative de conciliation qui l'a précédée, à moins que les parties ne se soient formellement expliquées en sens contraire sur ce point (3). Ce préliminaire de conciliation ne cesse de produire ses effets qu'au bout de trente ans et, tant que ce délai n'est pas expiré, le demandeur peut introduire une nouvelle instance sans être obligé de renouveler la tentative de conciliation. Il semble bien résulter de certains passages de la discussion de la loi que le législateur voulait soumettre la tentative de conciliation à la péremption de trois ans, mais, comme il ne l'a pas dit dans la loi, il est impossible d'admettre cette dérogation au droit commun.

L'instance n'étant pas engagée, le droit discuté dans la tentative de conciliation n'est pas encore litigieux, de sorte que s'il est cédé par celui qui y prétend, l'adversaire n'a pas la faculté d'en exercer le retrait (art. 1699 et 1700 C. civ.) (4).

La transaction constatée par le procès-verbal de conciliation n'étant pas de juridiction contentieuse, mais de juridiction gracieuse, on peut l'attaquer conformément à l'article 2052 du Code civil.

Le juge de paix n'étant pas un juge, mais un conciliateur, ne peut rendre aucun jugement ni ordonner aucune mesure d'instruction.

La conciliation n'est pas nécessairement tentée à l'audience et en public, quoiqu'on l'appelle parfois improprement conciliation à l'audience, par

(1) Au tribunal de la Seine, où cette pratique est d'un usage constant, le juge exige, avant de donner l'autorisation d'assigner à bref délai, qu'il lui soit justifié que l'accord des deux parties paraît être, en fait, impossible, ou que le défendeur, régulièrement mis en demeure, par exploit d'huissier, d'avoir à faire droit aux prétentions du demandeur, s'y est refusé ou n'a pas répondu à cette mise en demeure; son silence peut alors être considéré comme un refus de se concilier.

(2) Agen, 7 mars 1808; Grenoble, 6 mars 1833, dans *Jur. gén.*, v° *Péremption*. Carré et Chauveau quest., 250 et 1449 *bis*.

(3) Bordeaux, 30 juin 1836. *Jur. gén.*, v° *Conciliation*, n° 272, Chauveau, quest. 250.

(4) Aubry et Rau, 4e éd., t. IV, p. 456.

opposition à celle qui est établie pour les affaires de la compétence du juge de paix. La vérité est que, pour toute tentative de conciliation, le juge de paix a pleins pouvoirs et peut l'essayer à l'audience ou à huis clos suivant les circonstances.

Nous verrons plus tard que, quand une même affaire est portée devant deux tribunaux différents, compétents pour en connaître, il y a litispendance et que le défendeur peut la faire cesser en demandant que le tribunal saisi le second se dessaisisse. Mais il n'y a pas litispendance lorsque l'affaire est portée en même temps devant un juge de paix en conciliation et devant un tribunal d'arrondissement, parce qu'on ne peut pas dire que deux instances sont engagées (1).

La citation en conciliation n'interromprait pas la prescription et ne ferait pas courir les intérêts moratoires si la loi ne l'avait pas dit, précisément parce qu'elle n'est pas une demande en justice; mais la loi ne lui ayant pas attribué d'autres effets, il faut en conclure qu'elle ne rend pas transmissibles aux héritiers ou contre eux les actions attachées à la personne, même si l'on admet que la demande en justice produise cet effet (2). De même le possesseur de bonne foi, n'étant comptable des fruits que du jour de la demande en justice, les doit à partir de l'ajournement, mais non à partir de la citation en conciliation.

On a parfois conclu aussi, de ce qu'il s'agit ici d'un préliminaire d'instance, que la femme séparée de biens dans la mesure où elle a pleine capacité à raison de son droit de libre administration, notamment pour son mobilier, peut citer ou être citée en conciliation, sans autorisation maritale. Cette solution est fort contestable. Sans doute, il ne s'agit pas, en conciliation, de juridiction contentieuse, mais on n'en est pas moins en justice et cela suffit pour que l'autorité maritale s'impose.

On a longtemps discuté la question de savoir si la tentative de conciliation est d'ordre public ou seulement d'intérêt privé. Certains auteurs se sont prononcés dans le premier sens et en ont conclu que la nullité résultant de son omission peut être opposée en tout état de cause, même pour la première fois en cassation par les parties et même d'office par le juge ou le ministère public. On invoque les termes formels et impératifs de l'article 48 du Code de procédure : « Aucune demande ne sera reçue. » Cet article ne s'adresse pas seulement aux parties pour leur défendre de se présenter avant l'épreuve du bureau de paix; il s'adresse aussi aux tribunaux pour leur interdire d'accepter une action qui n'a pas subi le préliminaire de conciliation. C'est dans les mêmes termes que les articles 494 et 495 leur défendent de recevoir une requête civile, s'il n'y a pas eu préalablement consignation d'une amende et consultation de trois jurisconsultes, et tout le monde admet que ces formalités sont en effet d'ordre public en cette matière. Comment comprendre que ces mêmes termes, appliqués à la tentative de conciliation, aient un sens différent ? L'article 449 défend d'interjeter appel dans les huit jours du prononcé du

(1) Douai, 22 février 1869, D. P. 69, 2, 107.

(2) D'où cette conséquence que, si un défendeur décédait après conciliation, mais avant l'ajournement, le demandeur devrait citer les héritiers en conciliation : on ne peut appliquer en ce cas la théorie de la reprise d'instance.

jugement pour empêcher des appels *ab irato* et diminuer les procès; si l'on admet que cette disposition est d'ordre public, il faut bien en dire autant de l'article 48 qui, lui aussi, a pour objet de restreindre le nombre des procès.

Cette opinion est cependant aujourd'hui très généralement abandonnée par la doctrine et complètement par la jurisprudence. On admet que l'omission de la tentative de conciliation ne produit qu'une nullité relative et on en conclut que cette nullité ne peut être proposée que par le défendeur au début de l'affaire, c'est-à-dire en même temps que la nullité de l'ajournement (art. 173 C. pr.). Après ce moment, elle est couverte. Ce qui a surtout décidé la jurisprudence à préférer cette solution, ce sont les conséquences inverses du premier système qui conduisent à des résultats déplorables. Si l'on pouvait opposer la nullité pour la première fois en appel ou en cassation, on ferait tomber des procédures entières, et croit-on qu'en obligeant alors les parties à venir en conciliation, celle-ci auraient quelque chance de succès? Sans doute, les termes de l'article 48 sont impératifs, mais cela tient à ce que les rédacteurs du Code les ont empruntés à la loi des 16-24 août 1790. Tout en maintenant ces termes, ils ont entendu changer le caractère de la tentative de conciliation pour lui donner plus d'efficacité : ils en ont dispensé un grand nombre d'affaires et n'ont infligé qu'une amende insignifiante à la partie qui refuse de se présenter. Croit-on que le législateur aurait ainsi procédé s'il s'était agi d'une institution d'ordre public ?

L'évolution de la jurisprudence sur cette question est intéressante à suivre. La Cour de cassation et les cours d'appel ont commencé par admettre que le défaut de tentative de conciliation produit une nullité d'ordre public. On ne tarda pas à constater les conséquences fâcheuses de cette solution : la nullité d'ordre public devenait une arme donnée à la chicane pour éterniser les procès et, d'un autre côté, on pouvait se soumettre à la tentative de conciliation d'une manière plus apparente que réelle, en s'y faisant représenter par un mandataire qui n'avait pas pouvoir de transiger, ordinairement un clerc d'avoué.

Frappée de ces inconvénients, la jurisprudence s'arrêta pendant un certain temps à un système mixte. Elle continua à autoriser les tribunaux à proposer d'office la nullité, tout en ajoutant que cette nullité devrait être invoquée par quiconque en avait le droit, au début même de l'affaire, au risque d'être couverte ensuite (1).

Les termes de cette solution étaient contradictoires; aussi, la jurisprudence ne tarda pas à y renoncer pour préférer le système de la nullité relative avec toutes ses conséquences : cette nullité ne peut être invoquée que par le défendeur et au moment prescrit par l'article 173 du Code de procédure. De même, les parties peuvent, d'un commun accord, renoncer au préliminaire de conciliation, car il est permis de déroger aux dispositions qui ne sont pas d'ordre public (2).

(1) Cass., 30 mai 1842, S. 42, 1, 495.

(2) Req., 15 juillet 1869, S. 70, 1,31; Lyon, 22 février 1872, S. 72, 2, 293 ; Paris, 24 janvier 1873, D. P. 74, 2, 140 et S. 75, 2, 235 ; req., 24 novembre 1885, S. 88, 1, 244; Pau, 13 mars 1888, D. P. 89, 2, 35 ; req., 6 décembre 1892, D. P. 93, 1, 479; Pau, 23 mars 1899, D. P. 99, 2, 451 ; Caen, 21 mars 1900, D. P. 1900, 2, 415.

## § 34. — Quelles affaires sont soumises à la tentative de conciliation (art. 48 et 49 C. pr.).

La loi soumet à la tentative de conciliation des articles 48 et suivants toute demande introductive d'instance entre parties capables de transiger, portant sur un objet susceptible de transaction, et de la compétence des tribunaux d'arrondissement. Il résulte de ce principe que la loi prescrit la réunion de quatre conditions.

En premier lieu, l'affaire doit être introductive d'instance. L'article 48 ajoute qu'en outre il faut supposer une demande principale. Mais cette qualification aurait pu être supprimée, car toute demande introductive d'instance est par cela même principale. Il y a, au contraire, des affaires principales, c'est-à-dire qui engagent une contestation entre deux ou plusieurs personnes, non introductives d'instance, comme le fait d'un tiers d'intervenir au procès; cette demande est bien principale, puisqu'elle commence le procès entre le tiers et les personnes qui y sont déjà engagées, mais elle n'est pas introductive d'instance, puisque celle-ci est déjà entamée. Les demandes principales non introductives d'instance, comme les interventions, sont dispensées de la tentative de conciliation, ainsi que les demandes incidentes (1), c'est-à-dire celles qui concernent les accessoires du procès; les parties n'ayant pas pu s'entendre sur le fond même de la contestation, il est manifeste qu'elles ne se mettraient pas non plus d'accord sur l'un ou l'autre de ces incidents. Ainsi, on dispensera du préliminaire de conciliation la demande en restitution de fruits, la demande en remise des pièces du procès, la demande en péremption d'instance, la demande à fin de provision alimentaire, la reprise d'instance, la constitution de nouvel avoué, etc.

Les difficultés relatives à l'exécution d'un jugement étant portées au tribunal qui a rendu ce jugement, et les avoués qui ont précédemment occupé étant de plein droit constitués sans nouveau pouvoir, si ces difficultés s'élèvent dans l'année du prononcé du jugement (art. 1038 C. pr.), la jurisprudence en conclut que cette nouvelle affaire est une suite de la première et, comme telle, dispensée de la tentative de conciliation. (2) Cette solution est fort contestable. Il est très vrai de dire que le second procès a sa cause dans le premier, mais il n'en est pas moins certain que la seconde demande est introductive d'instance et comporte, en conséquence, la tentative de conciliation.

Lorsque le demandeur restreint sa prétention dans le cours de l'instance, les conclusions nouvelles sont dispensées du préliminaire de conciliation, car elles étaient déjà comprises dans la première demande; tel serait le cas où un créancier, après avoir demandé le remboursement de la rente, se bornerait, au cours de l'instance, à réclamer un titre nouvel. Mais si le demandeur modifiait sa prétention au point d'engager maintenant un nouveau procès distinct du premier qu'il abandonnerait, une seconde tentative

(1) Voy. sur le caractère de la demande incidente et des différences avec la demande principale, Cass., 24 mai 1859, D. P. 59, 1, 376; civ. cass., 9 juin 1886, D. P. 87, 1, 63.

(2) Limoges, 25 février 1845, S. 46, 2, 115.

de conciliation serait indispensable. Tel est le cas où, après avoir demandé le paiement des arrérages de sa rente perpétuelle, le créancier complète ses premières conclusions et réclame le remboursement du capital (art. 1912 C. civ.). Même solution dans le cas où le vendeur, après avoir demandé le paiement du prix, change d'attitude au cours du procès et conclut à la résolution de la vente. A plus forte raison, le préliminaire de conciliation est-il nécessaire, si le défendeur l'exige, quand le demandeur, sans abandonner sa première prétention, en formule dans le cours de l'instance une seconde qui n'a aucune connexité avec la première; le défendeur peut même demander que les deux causes fassent chacune l'objet d'une instance séparée.

Les demandes reconventionnelles formées par le défendeur en réponse à l'action principale étant incidentes échappent, par cela même, à la tentative de conciliation.

En second lieu, la loi exige que le procès s'élève entre parties capables de transiger, pour que l'affaire soit soumise à la tentative de conciliation. Il suffit qu'une des deux parties soit incapable de transiger pour que la tentative de conciliation soit supprimée, et on sait que la capacité de transiger n'existe que chez les personnes qui ont celle de disposer. La loi des 16-24 août 1790 ne s'était pas occupée de la capacité des parties. Que celles-ci fussent capables ou non, elles devaient se soumettre au préliminaire de conciliation. On ne tarda pas à constater que pour aboutir à une transaction dans les causes des incapables, il fallait parfois remplir des formalités presque aussi longues et aussi coûteuses que le procès lui-même. C'est ce qui se reproduirait encore aujourd'hui, si ces causes étaient soumises à la tentative de conciliation. Ainsi un tuteur peut à la rigueur transiger pour le compte de son pupille, mais il lui faut l'autorisation du conseil de famille, une consultation de trois jurisconsultes et l'homologation du tribunal. Que de complications pour une formalité qui peut ne pas aboutir! Le plus simple est de supprimer la tentative de conciliation et c'est ce qu'a fait notre article 48. Toutefois, cette disposition est rédigée dans des termes trop généraux et qui pourraient faire croire que les affaires de tous les incapables échappent à la tentative de conciliation.

Mais cette disposition de l'article 48 du Code de procédure est à la fois restreinte et expliquée par l'article suivant qui énumère les incapables dont les causes sont dispensées de tentatives de conciliation, à savoir « l'État, le domaine, les communes, les établissements publics, les mineurs, les interdits, les curateurs aux successions vacantes ». On remarquera que cette énumération passe sous silence les femmes mariées et les pourvus d'un conseil judiciaire. En résulte-t-il que les causes de ces derniers incapables sont soumises à la tentative de conciliation? Nous le pensons. On voit ainsi que la formule de l'article 48 du Code de procédure est trop générale et qu'il faut, avec l'article suivant, distinguer deux sortes d'incapables, ceux qui échappent à la tentative de conciliation, et ce sont les plus nombreux, et ceux qui y sont soumis. Cette distinction n'est d'ailleurs pas arbitraire, si l'on observe attentivement quels sont les incapables qu'énumère l'article 49 pour les dispenser de la tentative de conciliation et quels sont ceux qu'il passe sous silence parce qu'il entend les soumettre au droit commun. On constate que la loi met

dans la première catégorie ceux qui sont représentés en justice et dont les représentants, comme les tuteurs, ne pourraient transiger qu'après l'accomplissement de nombreuses formalités (1), et, dans la seconde catégorie, les incapables qui comparaissent eux-mêmes en justice et ont seulement besoin de l'assistance d'autrui. Il n'y a aucune raison de dispenser ces derniers de la tentative de conciliation, puisqu'il suffit de mettre en cause avec eux ceux qui doivent leur donner la capacité de transiger.

L'énumération des incapables dispensés de conciliation, donnée par l'article 49, exige quelques observations. La loi dispense d'abord les demandes qui intéressent l'État, le domaine, les communes et les établissements publics. Ainsi on n'appelle pas en conciliation le préfet, le maire, le directeur de l'enregistrement.

L'article 49 du Code de procédure ne mentionne pas les départements dans son énumération, parce qu'à l'époque où il a été rédigé on ne leur reconnaissait pas encore la personnalité juridique qui existe aujourd'hui à leur profit et depuis longtemps déjà ; mais les arrondissements sont demeurés de simples circonscriptions administratives (2). L'article 49 dispense de la tentative de conciliation les causes des mineurs, sans distinguer entre les mineurs en tutelle ou en puissance paternelle (3), et les mineurs émancipés. On pourrait être porté à croire que les causes des mineurs émancipés sont soumises à la tentative de conciliation, parce que ces mineurs ont le droit d'agir ou de défendre en justice avec la seule assistance de leur curateur (art. 482 C. civ.). Il ne faut pourtant pas s'arrêter à ce motif, car dans la tentative de conciliation il ne s'agit pas de plaider, mais de transiger, et pour qu'un mineur émancipé puisse transiger, il faut remplir toutes les formalités de la tutelle; en d'autres termes, le mineur émancipé est mis, quant aux formalités de la transaction, sur la même ligne que le mineur en tutelle et, dès lors, il doit être, comme ce dernier, dispensé de conciliation. Ainsi s'expliquent les termes généraux de l'article 49 (4).

L'article 49 dispense aussi de la tentative de conciliation les curateurs aux successions vacantes, et on est d'accord pour étendre le bénéfice de cette disposition aux autres curateurs qui se trouvent dans une situation analogue.

Pendant la première période de l'absence, le curateur donné à l'absent sera donc aussi dispensé de conciliation, d'autant plus qu'il ne peut pas transiger sans l'autorisation de la justice. Après la déclaration d'absence, et suivant

(1) L'aliéné non interdit, représenté par un mandataire spécial (loi du 30 juin 1838), doit être assimilé à l'interdit représenté par son tuteur; ce mandataire spécial n'a pas qualité pour transiger. Metz, 8 décembre 1868, S. 69, 2, 133.

(2) Voy. en dernier lieu, pour les départements, loi du 10 août 1871, art. 46 et 55; pour les communes, loi du 5 avril 1884, art. 124 et suiv.; pour l'État, avis du Conseil d'État du 28 août 1823 ; pour les hospices, arrêté du 9 ventôse an X.

(3) Il y aurait cependant lieu à préliminaire de conciliation dans le cas d'un mineur en puissance paternelle, si l'on admet la doctrine suivant laquelle le père peut transiger pour le compte de son fils sans être tenu de remplir aucune formalité. Voy. sur ce pouvoir du père, Amiens, 1er février 1883, dans la *Gazette du Palais*, 83, 2, 393; Lille, 11 juin 1886, *ibid.*, 86, 2, 252.

(4) Nous donnons cette solution même pour le cas où la transaction doit porter sur des actes d'administracion ou sur des objets dont l'entière disposition appartient au mineur, car transiger, même sur des actes de cette nature, c'est faire acte de disposition.

qu'on se trouve dans la seconde ou dans la troisième période de l'absence, les biens de l'absent sont entre les mains des envoyés en possession provisoire ou entre celles des envoyés en possession définitive ; les uns ne peuvent aliéner que les meubles de l'absent, tandis que les autres ont le droit de disposer de tous les biens (art. 128 et 132 C. civ). L'essai de conciliation ne pourra donc être tenté pendant la période de l'envoi en possession provisoire que dans les actions mobilières, tandis qu'il pourra l'être dans toutes les actions à partir de l'envoi en possession définitive.

Les syndics d'une faillite, ne pouvant transiger que dans les conditions déterminées par le Code de commerce (art. 437 et 535), sont dispensés de la tentative de conciliation dans les affaires civiles qui intéressent le failli (1).

L'article 49 du Code de procédure ne parle pas non plus des affaires qui intéressent un héritier bénéficiaire; elles sont dispensées du préliminaire de conciliation, parce que l'héritier bénéficiaire ne peut pas être contraint à renoncer à cette qualité, pour devenir héritier pur et simple, ce qui aurait cependant lieu s'il transigeait, mais il peut, de son libre consentement, citer en conciliation ou répondre à cette citation, sachant qu'il perd ainsi les avantages attachés au bénéfice d'inventaire. Quand l'héritier bénéficiaire est demandeur, il annonce assez, en omettant le préliminaire de conciliation, qu'il ne veut pas renoncer à sa qualité. S'il est défendeur, son adversaire est en droit de présumer qu'il entend rester héritier bénéficiaire ; la prudence exige cependant, dans ce dernier cas, que l'épreuve soit tentée, car il se peut qu'après l'acceptation bénéficiaire et avant l'introduction de l'instance, l'héritier bénéficiaire ait fait acte d'héritier pur et simple. S'il s'agissait d'un procès entre un héritier bénéficiaire et un simple légataire, suivant certains auteurs l'essai de conciliation devrait être tenté par la raison que l'héritier bénéficiaire peut transiger avec le légataire ; une semblable transaction ne pouvant pas avoir pour résultat de diminuer l'actif de la succession au détriment des créanciers, cette transaction n'entraîne pas déchéance du bénéfice d'inventaire. Si, parmi les héritiers, les uns sont bénéficiaires et les autres purs et simples, les premiers sont dispensés de la tentative de conciliation et les seconds y sont soumis dans les matières divisibles ; si elles sont indivisibles, la dispense accordée aux premiers profite aux seconds (2).

Ces solutions doivent être généralisées. En d'autres termes, toutes les fois qu'il y a deux défendeurs, l'un capable, l'autre incapable (s'il y avait plus de deux défendeurs, l'affaire serait dispensée de conciliation), ou quand, parmi les demandeurs, quel que soit leur nombre, les uns sont capables, les autres incapables, l'affaire est dispensée de conciliation pour tous ou pour les incapables seulement, suivant que la matière est indivisible ou divisible (3).

En troisième lieu, la tentative de conciliation suppose un procès dont l'objet est susceptible de transaction. Du moment que la transaction est

(1) Paris, 10 juin 1836, D. P. 36, 2, 124.

(2) Peu importe le nombre des héritiers s'ils sont demandeurs ; s'ils sont défendeurs, il faut qu'ils ne soient pas plus de deux, car, autrement, l'affaire est dispensée du préliminaire de conciliation par un autre motif, à raison du nombre des défendeurs.

(3) Voy. *Jur. gén.*, v° *Conciliation*, n° 119; Toulouse, 12 décembre 1835, S. 36, 2, 399; Limoges, 22 février 1843, S. 44, 2, 416.

interdite, même entre parties capables, on ne voit pas à quoi pourrait servir la tentative de conciliation (voy. art. 49 et 1004 C. pr.). Nous dispenserons donc de la tentative de conciliation : les procès relatifs à des droits qui sont hors du commerce, puissance paternelle, autorité maritale, question d'état, etc. (1); les procès relatifs à des droits qui soulèvent l'application de lois d'ordre public (2); les procès relatifs à des droits qui ne peuvent pas faire l'objet d'une convention, par exemple, s'il s'agit d'une contre-lettre relative à la cession d'un office (3) ou d'une convention qui a modifié le contrat de mariage (art. 1395 C. civ.); les procès sur les droits, dont le but s'oppose précisément à une transaction comme sont, par exemple, ceux qui s'élèvent en matière de dette alimentaire (4). Mais rien ne s'oppose à ce qu'on transige et se concilie sur les intérêts pécuniaires naissant d'un délit (art. 2046 C. civ.). Il en résulte que si l'action civile, au lieu de se joindre à l'action publique, est portée au tribunal civil, il y a lieu de tenter, au préalable, la conciliation.

Par exception, les demandes en divorce et en séparation de corps, quoique touchant au droit de famille et à l'état des personnes, sont soumises à une tentative de conciliation, mais bien différente de celle des articles 48 et suivants du Code de procédure : elle a lieu devant le président du tribunal et non pas devant le juge de paix, et n'a pas pour objet d'obtenir une transaction, mais de réconcilier les deux époux (nouvel art. 238 C. civ.). Une virgule mal placée après le mot préalable, dans l'article 878 du Code de procédure, altère complètement le vrai sens de cet article et fait dire au législateur que si le président du tribunal n'a pas pu réconcilier les époux il doit les renvoyer, sans citation préalable, au bureau de conciliation du juge de paix. Une pareille solution est tellement absurde qu'elle prouve par elle même que le législateur a voulu dire toute autre chose et même le contraire, à savoir que les deux époux n'ayant pas pu s'entendre devant le président, celui-ci les renverra directement devant le tribunal, sans qu'il y ait lieu de les soumettre à une tentative de conciliation devant le juge de paix.

En dernier lieu, la tentative de conciliation des articles 48 et suivants du Code de procédure suppose une affaire de la compétence en premier ressort ou en premier et dernier ressort du tribunal d'arrondissement. Ainsi on la supprimera s'il s'agit d'un appel de justice de paix; il est en effet de principe que les voies de recours ne sont jamais précédées d'une tentative de conciliation (5). Les affaires portées directement devant les cours d'appel échappent aussi à la tentative de conciliation, parce que la loi ne l'a pas organisée pour les cours d'appel, même dans le cas où elles statuent en premier et dernier ressort. Toutes les affaires requérant célérité étant dispensées de conciliation, comme nous allons le voir, il faut à plus forte

(1) Mais on peut transiger et se concilier sur les intérêts pécuniaires qui s'attachent aux questions d'état.

(2) Voy., par exemple, req., 12 décembre 1871, S. 71, 2, 229.

(3) Req., 5 nov. 1856, D. P. 56, 1, 397.

(4) Mais on pourrait transiger sur le mode de prestation des aliments.

(5) Paris, 24 janvier 1873, S. 73, 2, 235. Cet arrêt est d'ailleurs assez mal motivé.

raison en dire autant des affaires portées devant le juge des référés, qui sont toujours urgentes. Mais rien ne s'oppose à ce que devant ce juge et sans aucune forme de procédure, les parties ne s'arrangent. La loi a aussi dispensé, et pour cause de célérité, les affaires commerciales de la tentative de conciliation et, cependant, dans le cas où le tribunal pour s'éclairer a nommé un ou trois arbitres rapporteurs, ceux-ci reçoivent la mission de concilier les parties et c'est seulement s'ils n'y parviennent pas qu'ils dressent un rapport dans lequel ils donnent leur avis (art. 429 C. pr.).

Enfin, il existe une tentative de conciliation spéciale pour les affaires de la compétence du juge de paix. Ce magistrat connaît de ces affaires d'abord comme conciliateur, avant de les instruire et de statuer comme juge. C'est ce qu'on appelle la petite conciliation, dégagée d'une partie des formes de la conciliation du Code de procédure (loi du 2 mai 1855; nouvel art. 17 de la loi du 25 mai 1838). Lorsque nous étudierons cette petite conciliation, nous nous demanderons si elle ne doit pas aussi précéder la tentative de conciliation du Code de procédure, de sorte que, pour les affaires de la compétence des tribunaux d'arrondissement, les parties, avant d'arriver à l'audience, subiraient deux tentatives de conciliation successives : d'abord, la tentative de conciliation de la loi de 1855, ensuite la tentative de conciliation des articles 48 et suivants; la première est appelée petite conciliation et la seconde conciliation à l'audience, expressions aussi inexactes l'une que l'autre, car le juge de paix peut, dans les deux cas et selon son choix, entendre les parties à huis clos ou à l'audience. Enfin il y a aussi, pour les affaires de la compétence des conseils de prud'hommes, une tentative de conciliation spéciale subie devant le bureau dit de conciliation, composé d'un prud'homme patron et d'un prud'homme ouvrier et qui ne renvoie les parties au bureau de jugement qu'autant qu'il n'a pas pu les arranger (avis du Conseil d'État du 20 février 1810, art. 21, 22, 29, 30, 32, 36). Mais nous devons, pour le moment, nous en tenir à cette énumération et en revenir à la tentative de conciliation des affaires de la compétence des tribunaux d'arrondissement.

Après avoir posé, dans l'article 48, le principe que toutes ces affaires sont, sous les conditions édictées par le même article, soumises à la tentative de conciliation, le législateur, dans l'article suivant (art. 49) énumère un assez grand nombre d'exceptions, c'est-à-dire de cas où l'affaire est dispensée de conciliation. Il faut suivre de près cette énumération qui contient des répétitions inutiles et des exceptions plus apparentes que réelles.

Aux termes de l'article 49 du Code de procédure sont dispensées de la tentative de conciliation :

1° « Les demandes qui intéressent l'État, le domaine, les communes, les établissements publics (1), les mineurs, les interdits, les curateurs aux successions vacantes. » Nous avons déjà vu quelle est l'utilité de cette

(1) Nous verrons que les demandes concernant l'État, les domaines, les communes, les départements doivent, aux termes de lois spéciales, être précédées d'un mémoire préalable, qui est déposé à la préfecture (à Paris au greffe du conseil de préfecture); cette formalité préalable peut, jusqu'à un certain point, être considérée comme l'équivalent du préliminaire de conciliation.

disposition : elle interprète et éclaircit les termes trop absolus de l'article 48 qui semblent dispenser de la tentative de conciliation les causes de tous les incapables, alors qu'il y a cependant lieu d'établir une distinction.

2° « Les demandes qui requièrent célérité. » La tentative de conciliation serait une cause de perte de temps, peut-être préjudiciable, lorsque l'affaire requiert célérité; c'est pour cela qu'on la supprime. Nous verrons que toute affaire requérant célérité jouit encore de deux privilèges : le demandeur peut, avec l'autorisation du président du tribunal, assigner le défendeur à bref délai (art. 72 C. pr.) ; l'affaire s'instruit sommairement (art. 404 C. pr.). Si le défendeur soutient que l'affaire ne requiert pas célérité, c'est au tribunal qu'il doit soumettre cette difficulté, que les juges apprécient souverainement en fait et, s'ils donnent raison au défendeur, l'assignation est annulée et on vient devant le juge de paix. Lorsque le président du tribunal accorde l'autorisation d'assigner à bref délai, il rend une ordonnance de juridiction gracieuse à laquelle ne prend pas part le défendeur et c'est précisément pour ce motif que la question contentieuse de savoir si l'affaire requiert réellement célérité reste ouverte et pourra être portée au tribunal par le défendeur (1). De même, il peut arriver en sens inverse que le demandeur n'ait pas réclamé l'autorisation d'assigner à bref délai, quoique l'affaire requière célérité et, dans ce cas, elle n'en sera pas moins dispensée de la tentative de conciliation.

3° « Les demandes en intervention et en garantie. » Il était inutile de parler de la demande en intervention ; elle n'est pas introductive d'instance, puisqu'elle consiste dans le fait d'un tiers de venir prendre part à un procès déjà engagé ; il lui manque donc une des conditions exigées pour qu'il y ait lieu à conciliation. Peu importe que l'intervention soit volontaire ou forcée (2). Le législateur n'introduit une véritable dérogation au droit commun qu'autant qu'il s'agit d'une affaire qui réunit les conditions prescrites pour qu'il y ait lieu à conciliation.

Les mêmes observations s'appliquent à l'exception faite pour la demande en garantie, lorsque celle-ci est incidente et c'est ce qui se produit toutes les fois que le garanti, menacé d'éviction par une demande en justice, appelle en cause son garant pour que celui-ci le protège ; cette demande en garantie n'est pas introductive d'instance, puisqu'elle se joint à une cause déjà engagée comme l'intervention et cela suffit pour qu'elle soit dispensée de la tentative de conciliation sans qu'il soit nécessaire de le dire. Ici encore l'exception est plus apparente que réelle.

Mais il ne faut pas confondre, avec cette garantie incidente à un procès déjà né, la demande en garantie principale et introductive d'instance. Elle se présente lorsque le garanti n'appelle pas à son secours son garant dans le procès qui le menace d'éviction ; il se laisse au contraire condamner par un jugement qui produit son éviction et alors seulement il commence un second procès pour obtenir des dommages-intérêts de son garant. Dans ce second cas, la demande en garantie est bien introductive d'instance; malgré cela,

(1) Dijon, 15 juillet 1897, D. P. 97, 2, 472.
(2) Orléans, 18 juin 1853, D. P. 54, 5, 178.

est-elle dispensée de la tentative de conciliation ? On est encore fort partagé sur cette question. Les uns affirment que l'article 49 du Code de procédure n'a eu en vue que la garantie incidente et que la garantie introductive d'instance n'est pas dispensée de la tentative de conciliation. Ils se fondent sur les travaux préparatoires et sur le rapprochement que la loi a fait de l'intervention et de la garantie. C'était aussi la solution de la jurisprudence avant le Code de procédure. D'autres prétendent que même la garantie introductive d'instance est dispensée de conciliation : les travaux préparatoires sont si confus sur ce point qu'on peut y relever des passages dans les deux sens. Mais la disposition de l'article 49 du Code de procédure n'a vraiment un sens utile que si on l'applique précisément à la garantie introductive d'instance, car il est d'évidence que la garantie incidente est de plein droit dispensée de conciliation. Les partisans de ce second système ajoutent qu'il est très naturel de dispenser la garantie introductive d'instance de la tentative de conciliation, car le garanti qui vient d'être évincé et qui commence le procès en garantie, fort irrité de son éviction, ne sera jamais disposé à se concilier. C'est là, à notre avis, une erreur ; il suffit de supposer que le garant lui prouve qu'il s'est mal défendu et aurait pu éviter l'éviction pour comprendre que, dans ces circonstances, il pourra être disposé à transiger aussi bien que dans toute autre matière.

4° « Les demandes en matière de commerce. » Cette disposition prête à deux critiques : elle serait mieux placée au titre consacré à la procédure commerciale ; on aurait même pu la supprimer complètement, car toutes les affaires commerciales requièrent célérité et sont déjà à ce titre dispensées de la tentative de conciliation.

5° « Les demandes de mise en liberté, celles en mainlevée de saisie ou opposition, en paiement de loyers, fermages, ou arrérages de rentes ou pensions, celles des avoués en paiement de frais. » Toutes ces demandes requièrent célérité et sont déjà à ce titre dispensées de conciliation ; l'article 49 aurait donc pu les passer sous silence (1). La dispense établie pour les demandes de frais formée par les avoués ne repose pas seulement sur la célérité et a encore un autre motif : la loi entend que le tribunal devant lequel les frais ont été faits exerce son droit de surveillance sur l'avoué et ce droit pourrait être supprimé si l'affaire devait être portée en conciliation et aboutissait à une transaction. La dispense du préliminaire a été étendue à toutes les demandes de ce genre formées par un officier ministériel quelconque (décret du tarif du 16 février 1807, art. 9) ; mais il ne faudrait pas étendre aux avocats ni aux agréés des tribunaux de commerce la dispense de conciliation.

6° « Les demandes formées contre plus de deux parties encore qu'elles

(1) La demande en liberté dont parle ici la loi est celle que forme un débiteur soumis à la contrainte par corps, cas excessivement rare aujourd'hui depuis que cette voie d'exécution sur la personne a été abolie presque entièrement par la loi du 22 juillet 1867. — Il ne faut pas assimiler à une demande en mainlevée d'une saisie-arrêt celle qui a pour objet la main levée d'une inscription hypothécaire qui, par elle-même, et à moins de circonstances exceptionnelles, ne requiert pas célérité. Caen, 13 novembre 1839, *Jur. gén.*, v° *Conciliation*, n° 210.

aient le même intérêt. » Le législateur a voulu dire : bien qu'elles aient le même intérêt. Si, en effet, elles avaient des intérêts distincts, il y aurait pour chacune d'elles un procès spécial et non pas pour tous les défendeurs un procès commun. Mais, au contraire, lorsqu'un créancier met en cause ses trois codébiteurs solidaires, l'affaire est dispensée de conciliation, parce que tous les défendeurs ont le même intérêt. La loi a pensé que, quand il y a trois défendeurs, bien qu'ils aient le même intérêt, il devient difficile de les concilier avec le demandeur, *tot capita, tot sensus.*

La loi n'ayant parlé que du cas de pluralité du côté des défendeurs, il ne faut pas étendre son exception au cas de pluralité des demandeurs. L'affaire sera donc soumise à la tentative de conciliation, quel que soit le nombre des demandeurs, du moment qu'il n'y a pas plus de deux défendeurs. Ces demandeurs, ayant introduit leurs prétentions par le même exploit, sont déjà d'accord entre eux, puisqu'ils forment ensemble la même demande, et leur pluralité n'est pas un obstacle à la conciliation.

Dès que le nombre des défendeurs n'est pas de trois ou plus, l'affaire est soumise à conciliation, lors même que la demande aurait pu être formée contre un plus grand nombre de défendeurs. Réciproquement, dès que la demande est formée contre plus de deux défendeurs, la dispense de conciliation est acquise, alors même qu'il serait prouvé par la suite que l'assignation a été donnée à tort à une ou plusieurs des parties mises en cause. Il serait d'ailleurs bien étrange d'obliger le demandeur à abandonner la procédure commencée et à reprendre le préliminaire de conciliation ; cependant on pourrait l'y contraindre, si on établissait qu'il y avait une fraude de sa part et qu'il avait actionné plus de deux défendeurs uniquement dans le but d'éviter le préliminaire de conciliation.

Quelquefois la question est délicate de savoir si plusieurs personnes ne doivent pas être comptées comme formant un seul défendeur, et cette question est importante au point de vue de la dispense du préliminaire de conciliation. Dans un procès où deux époux sont mis en cause, doit-on les considérer comme deux défendeurs distincts, de sorte que s'il existe encore un autre défendeur l'affaire sera dispensée de la tentative de conciliation, tandis qu'elle y serait soumise si le mari et la femme n'étaient comptés que pour un seul défendeur? La jurisprudence décide d'une manière générale que le mari et la femme forment toujours deux défendeurs, même dans le cas où le mari n'est mis en cause qu'à l'effet d'autoriser sa femme à ester en justice (1).

A notre avis, la question est beaucoup plus complexe. On doit poser d'abord les deux principes suivants. Si le mari n'est mis en cause qu'à l'effet d'autoriser sa femme, il n'est pas plus un plaideur que le curateur du mineur émancipé ou le conseil judiciaire du prodigue, et il ne doit pas compter parmi les défendeurs, de sorte que l'affaire sera soumise à la tentative de conciliation, bien qu'indépendamment de sa femme il existe encore un autre défendeur (2). Le mari devient au contraire lui-même défendeur parce

(1) Rouen, 30 mars 1871, S. 72, 2, 293; req. 20 mars 1877, S. 77, 1, 456; Chambéry, 9 janvier 1884, D. P. 85, 2, 62; Douai, 4 juillet 1892, D. P. 93, 1, 470.
(2) Lyon, 22 juin 1881, D. P. 82, 2, 68; Cass., 13 juillet 1880, D. P. 81, 1, 74.

qu'il est partie en cause, si le demandeur requiert condamnation contre lui, et on sait que l'autorisation qu'il donne à sa femme peut entraîner parfois à sa charge obligation et condamnation. Ces préliminaires posés, plusieurs espèces doivent être distinguées.

Premier cas. Les époux sont mariés sous le régime de communauté. Sous ce régime, le mari défend valablement seul, si le procès concerne les biens de la communauté ou les propres mobiliers de la femme ; c'est donc inutilement qu'on mettrait la femme en cause et, dans le cas où on l'aurait fait, elle ne devrait pas compter comme défenderesse. Mais si le procès concerne un des propres immobiliers de la femme et si l'on veut que le jugement puisse être opposé aux deux époux, il faut les mettre tous deux en cause, la femme pour la nue propriété et le mari pour l'usufruit ; seulement, ils ont alors des intérêts distincts et, comme ils ne sont pas des défendeurs ayant le même intérêt, l'affaire sera soumise à la conciliation bien qu'il y ait encore un autre défendeur. Le mari ou la femme représentent, au contraire, le même intérêt lorsque, sous le régime de la communauté, on veut obtenir jugement contre eux pour le paiement d'une dette dont ils sont l'un et l'autre tenus.

Deuxième cas. Les époux sont mariés sous le régime sans communauté. On donnera la même solution que pour le cas où le procès concerne sous le régime de communauté un propre immobilier de la femme : les deux époux doivent être mis en cause, la femme pour la nue propriété, le mari pour l'usufruit, mais ils sont des plaideurs ayant des intérêts distincts.

Troisième cas. Ces époux sont mariés sous le régime de séparation de biens. La femme est alors seule partie au procès. Le mari ne peut être mis en cause qu'à fin d'autorisation et ne saurait être compté comme un défendeur.

Quatrième cas. Les époux sont mariés sous le régime dotal. Le procès concerne-t-il la dot, le mari y défend valablement seul ; si l'on met la femme en cause, c'est à tort et inutilement, et elle ne saurait compter comme défenderesse. Le procès concerne-t-il un paraphernal, la situation est la même que sous le régime de séparation de biens : la femme est seule défenderesse et, si le mari est mis en cause, ce ne peut être qu'à fin d'autorisation, de sorte qu'il ne doit pas compter comme défendeur.

Lorsque le demandeur agit contre les héritiers d'une personne décédée, chacun d'eux compte pour un défendeur, de sorte que si le demandeur met en cause plus de deux héritiers, l'affaire est dispensée de la tentative de conciliation.

Pour le cas où le procès est dirigé contre une société défenderesse, on est loin de s'entendre et la difficulté se complique de la question de savoir s'il faut reconnaître la personnalité juridique à toutes les sociétés sans distinction ou s'il faut limiter cette personnalité aux sociétés commerciales et, en outre, à certaines sociétés civiles, à celles pour lesquelles il existe un texte qui leur confère cet avantage. Les uns admettent que toutes les sociétés sans distinction ont la personnalité juridique, et cependant ils ajoutent qu'en pareil cas, si la société n'est pas représentée par un administrateur, on doit s'attacher au nombre des associés mis en cause pour savoir si l'affaire est dispensée de la tentative de conciliation. D'autres estiment que si le procès est dirigé contre une société commerciale (car une société de cette nature peut être défende-

resse à un procès civil, par exemple parce que la contestation concerne un de ses immeubles), ou contre une société civile à laquelle la loi reconnaît certainement la personnalité juridique, c'est la société elle-même qui est défenderesse et, comme elle ne forme qu'une seule partie, l'affaire est soumise à la tentative de conciliation ; s'il s'agit au contraire d'une société civile sans personnalité juridique, ce sont bien alors les associés qui se trouvent directement engagés au procès et, dès que le demandeur met en cause plus de deux de ces associés, l'affaire est dispensée de la tentative de conciliation (1). Nous préférons cette dernière solution. Pour le cas où la société civile ordinaire est représentée par un mandataire, ce sont encore les associés qui plaident et qui sont, dans ce cas, censés mis tous en cause; c'est une erreur de dire qu'il n'existe alors qu'un seul défendeur, car le mandataire ne plaide pas en son nom personnel et bien au contraire, dans ce cas, tous les associés sont considérés comme défendeurs, par cela même qu'aucun d'entre eux n'a été mis directement en cause (2).

7° « Les demandes en vérification d'écritures, en désaveu, en règlement de juges, en renvoi, en prise à partie, les demandes contre un tiers saisi et en général sur les saisies, sur les offres réelles, sur la remise des titres, sur leur communication, sur les séparations de biens, sur les tutelles et curatelles et enfin toutes les causes exceptées par une loi. » Cette longue énumération contient des dispenses qui reposent sur des raisons très diverses et ici encore quelques-unes auraient pu être supprimées, parce qu'elles ne sont que des applications du droit commun. Nous verrons que parfois la vérification d'écritures est une demande incidente et alors elle est dispensée de tentative de conciliation, parce qu'elle n'est pas introductive d'instance ; dans les cas où elle est introductive d'instance, elle requiert célérité, comme le prouve l'article 193 du Code de procédure qui permet d'assigner à trois jours, et alors c'est la célérité qui la relève de la tentative de conciliation; dans les deux cas, on ne fait qu'appliquer le droit commun et, dès lors, l'article 49 du Code de procédure aurait pu se dispenser de parler des demandes en vérification d'écritures. On doit encore considérer comme requérant célérité toutes les demandes relatives aux saisies, aux offres réelles, aux remises de titres ou à leur communication et, par cela même, l'article 49 du Code de procédure aurait pu aussi les passer sous silence. On pouvait aussi se dispenser de relever les demandes en désaveu, par lesquelles les clients soutiennent que les officiers ministériels ont dépassé les limites de leurs pouvoirs; ces demandes intéressent l'ordre public et sont parfois incidentes ; par ces deux motifs, elles sont dispensées de la tentative de conciliation. Les demandes en règlement de juges intéressent toujours l'ordre public et sont toujours aussi incidentes. Les demandes en renvoi ne touchent à l'ordre public qu'autant qu'elles sont

(1) Il n'y a pas lieu, comme le disent les auteurs, de s'occuper du nombre total des associés, de sorte que la société civile serait toujours dispensée de la tentative de conciliation, dès qu'elle comprendrait plus de deux associés. Il faut toujours s'attacher au nombre des associés mis en cause comme défendeurs.

(2) On croit nécessaire de rappeler que l'association en participation, à la différence des autres sociétés commerciales, ne jouit pas de la personnalité juridique et n'a même pas d'existence au regard des tiers, de sorte que, dans ce cas encore, ce sont les associés eux-mêmes qui jouent le rôle de défendeurs.

fondées sur l'incompétence absolue; mais elles sont dans tous les cas incidentes. La prise à partie est d'ordre public et constitue, en outre, une voie de recours. On aurait donc dû encore supprimer toute cette partie de notre énumération, car elle ne consacre que des exceptions apparentes au droit commun. On pouvait aussi se dispenser de parler des demandes en séparation de biens, puisque ces séparations doivent être prononcées par la justice et ne peuvent jamais résulter d'un contrat. La loi exempte encore, dans notre énumération, de la tentative de conciliation les demandes de tutelle et de curatelle. Nous avons déjà vu que les affaires concernant les mineurs et les curatelles aux successions vacantes ou même les autres curatelles sont dispensées du préliminaire de conciliation. Si notre disposition concerne aussi ces procès, il y a visiblement double emploi. Aussi a-t-on prétendu que le législateur a eu en vue d'autres affaires, les procès entre les tuteurs et leurs mineurs devenus majeurs. Mais on ne voit pas la raison de cette exemption, car de deux choses l'une : ou le procès né entre le tuteur et le mineur devenu majeur concerne la reddition des comptes et alors il est dispensé de la tentative de conciliation tant que ces comptes n'ont pas été rendus, conformément à l'article 472 du Code civil, ou on se trouve dans tout autre cas et on ne voit pas pour quels motifs ces procès seraient dispensés de la tentative de conciliation (1). Nous pensons que, dans notre disposition, le législateur a eu en vue les questions d'excuse, d'incapacité, ou de destitution ou autres questions semblables. Mais, ainsi entendue, notre disposition devient, elle aussi, inutile, car il est évident qu'on ne peut pas transiger sur les actions de cette nature.

L'article 49 se termine par une disposition portant que la dispense de conciliation peut encore se trouver dans d'autres lois. Nous en avons en effet de nombreux cas dans le Code de procédure (voy. art. 320, 345, 839, 856, 883). De même, et à titre d'exemple, nous citerons la loi du 2 août 1884 (art. 9) qui dispense du préliminaire de conciliation les actions en garantie pour vice rédhibitoire dans les ventes d'animaux domestiques et la loi du 9 avril 1899 (art. 16) qui substitue à la tentative de conciliation ordinaire une procédure spéciale devant le président du tribunal pour les contestations entre patrons et ouvriers relatives aux accidents du travail.

On s'est demandé si, dans ces cas d'affaires dispensées de la tentative de conciliation, les parties pourraient renoncer au bénéfice de cette dispense et se présenter devant le juge de paix pour tenter un arrangement. Il faut répondre à cette question, plus théorique que pratique, par l'affirmative ou par la négative suivant que la dispense est établie dans l'intérêt privé des plaideurs ou par des raisons d'ordre public.

(1) Toute transaction étant interdite entre le tuteur et son ex-pupille avant l'époque déterminée par l'article 472 du Code civil, il en résulte que, si un procès naît entre ces mêmes personnes, relativement à la tutelle et avant cette même époque, il n'est pas soumis à la tentative de conciliation; mais il a été jugé que l'action en redressement de comptes introduite après cette époque par le mineur devenu majeur contre son ancien tuteur est soumise à la tentative de conciliation. Bruxelles, 13 mai 1855, *Jur. gén.*, *Supplément*, v° *Conciliation*, note 1, p. 56.

### § 35. — Juge de paix compétent pour tenter la conciliation (art. 50 C. pr.)

Lorsque les deux parties peuvent s'entendre sur le juge de paix chargé de les concilier, c'est ce magistrat qui devient compétent par leur volonté même pour tenter la conciliation, et il ne peut pas refuser d'en connaître sous peine de commettre un déni de justice (arg. art. 7 C. pr.). Si les parties ne se mettent pas d'accord sur le choix du juge de paix, la loi établit alors les mêmes règles de compétence que pour les tribunaux d'arrondissement en matière contentieuse, et il lui arrive même de les répéter sans nécessité. Ainsi l'article 50 donne en principe compétence au juge de paix du domicile du défendeur et il élargit l'application de cette règle, car il l'étend même en matière réelle immobilière. C'est encore, dans ce dernier cas, le juge de paix du domicile du défendeur qui est compétent et non pas le juge de paix de la situation de l'immeuble. La loi a pensé que le juge de paix du défendeur aurait plus de chance d'arranger les parties, par cela même qu'il connaît au moins l'une des deux, le défendeur ; ce motif sera le plus souvent inexact dans les villes, mais il est vraiment bien fondé pour les campagnes. Le juge de paix de la situation de l'immeuble peut ne connaître ni l'une ni l'autre des parties et, comme il ne saurait être question ici ni d'instruction ni de jugement, il n'y a pas lieu de se préoccuper de l'éloignement possible de l'immeuble litigieux.

Si le défendeur n'a pas de domicile connu, on le cite à sa résidence comme en matière d'ajournement. De même, s'il n'a pas de résidence, on applique le même système que pour l'assignation en justice. De même encore, en cas d'élection de domicile, c'est devant le tribunal de paix de ce domicile élu que le défendeur doit être cité, si l'élection de domicile a eu lieu en sa faveur ; si elle a été faite en faveur du créancier, celui-ci a le choix entre le juge de paix du domicile réel et le juge de paix du domicile élu du défendeur. Certains auteurs estiment qu'en matière de conciliation il n'y a pas lieu de s'occuper de l'élection de domicile et que le défendeur doit toujours être cité devant le juge de paix de son domicile réel, sous prétexte que ce magistrat connaîtra plus souvent le défendeur que le juge de paix du domicile élu. Mais il n'est pas permis d'introduire ainsi, dans le silence de la loi, une dérogation aux principes ordinaires relatifs aux effets de l'élection de domicile (art. 111 C. civ.) (1).

S'il y a deux défendeurs (on ne peut pas en supposer davantage, car alors l'affaire serait dispensée de la tentative de conciliation), le demandeur a le choix entre le juge de paix de l'un ou de l'autre des défendeurs. C'est encore là une application du droit commun. L'article 50 du Code de procédure nous apprend aussi qu'en matière de société le juge de paix compétent est celui du lieu où elle est établie, et cette disposition comporte les mêmes explications que celles données à propos de la compétence des tribunaux d'arrondissement. Si l'on rapproche les deux articles, on constate cependant une

(1) Civ. cass., 9 décembre 1851, D. P. 52, 1, 29.

différence de rédaction entre eux, bien qu'ils consacrent la même règle de compétence en matière de société pour la tentative de conciliation et pour la demande en justice. L'article 50 du Code de procédure, relatif à la conciliation, donne compétence, en matière de société *autre que celle de commerce*, au juge de paix du lieu où la société est établie, tandis que l'article 59 du Code de procédure pose la même règle sans exclure de son application les sociétés de commerce. Cette différence de rédaction tient à ce que le législateur a écrit l'article 50 sous l'influence d'une erreur : il a cru qu'une société de commerce ne pouvait être appelée à soutenir que des procès commerciaux ; un procès civil est parfois cependant dirigé contre une société de commerce, par exemple à l'occasion d'un immeuble de cette société et, pour ce cas, nous inspirant de l'esprit de la loi, nous déciderons que le juge de paix compétent est encore celui du lieu où la société est établie (1).

Si la société compte plusieurs établissements principaux, notamment des succursales, on saisira le juge de paix de l'arrondissement dans lequel se trouve le tribunal civil compétent d'après les principes déjà établis. On se rappelle que c'est la société elle-même qui est défenderesse, si elle jouit de la personnalité juridique, et qu'il n'y a pas lieu alors de s'occuper du nombre des associés. Pour le cas contraire, dans l'opinion de ceux qui refusent la personnalité juridique aux sociétés civiles, à moins d'un texte formel, il faut, dit-on assez souvent, que la société ne comprenne pas plus de deux associés, car autrement l'affaire serait dispensée de la tentative de conciliation à raison du nombre des défendeurs. Cette formule et cette solution nous paraissent inexactes : il n'y a pas lieu de s'occuper du nombre de tous les membres de la société, mais seulement du nombre des associés mis en cause ; quelque étendu que soit le nombre des membres de la société, il y aura lieu à tentative de conciliation toutes les fois que le demandeur n'aura appelé dans l'affaire qu'un ou deux associés.

En matière de succession, le juge de paix compétent est celui du lieu de l'ouverture de la succession, de même que le tribunal de ce lieu le serait pour le procès : l'article 50 reproduit mot pour mot, pour la conciliation, les dispositions de l'article 59 du Code de procédure relatives au procès lui-même. Nous retrouvons donc encore les mêmes questions et les mêmes solutions. Ainsi cette compétence spéciale du juge de paix n'existera, comme celle du tribunal, que jusqu'au partage inclusivement, sauf exception pour les actions en garantie, en nullité ou en rescision du partage. De même, on voit reparaître ici, pour le cas d'action intentée par un légataire contre un héritier, la question de savoir quel est le sens de la loi qui donne compétence au juge de paix du lieu de l'ouverture de la succession jusqu'au jugement définitif. La jurisprudence estime que cette disposition a pour objet d'attribuer compétence à ce juge de paix, tant qu'il n'existe aucun jugement entre l'héritier et le légataire, de sorte que cette compétence peut durer indéfiniment et se prolonger encore longtemps après le partage (2). Nous préférons décider que les termes : jusqu'au jugement définitif, signifient :

(1) Civ. cass., 19 décembre 1866, D. P. 67, 1, 113.

(2) Voy., notamment, Agen, 24 avril 1882, D. P. 83, 2, 185 et ma note critique sous cet arrêt.

jusqu'au jugement d'homologation du partage, de sorte que, dans ce cas comme dans les autres, la compétence du juge de paix du lieu de l'ouverture de la succession cesse par l'effet du partage. Une seule observation est propre à la conciliation en matière de succession : elle suppose que le demandeur ne met pas en cause plus de deux héritiers, car, autrement, le nombre des défendeurs entraînerait dispense de conciliation. Mais on exprime bien mal cette idée lorsqu'on dit que la tentative de conciliation suppose une succession qui ne compte pas plus de deux héritiers : elle devra être tentée cependant, même si ce nombre est plus élevé, du moment que le demandeur en appelle seulement deux. Si le défunt avait laissé un seul héritier, il n'y aurait plus lieu à partage et les choses devraient tout de suite se passer comme dans le cas de pluralité d'héritiers qui ont déjà partagé : le juge de paix et le tribunal compétents seraient ceux du domicile du seul héritier.

Lorsqu'un Français cite en conciliation un étranger ou que l'affaire intéresse deux étrangers, il faut appliquer à la conciliation les règles de compétence déjà posées pour le procès et le jugement de l'affaire elle-même et étendre au juge de paix conciliateur ce qui a été dit pour le tribunal d'arrondissement.

Quand le défendeur est assigné devant un juge de paix incompétent, celui-ci peut néanmoins tenter la conciliation si le défendeur ne soulève pas l'exception d'incompétence; les choses se passent alors comme s'il avait été choisi par les parties.

Si le défendeur excipe de l'incompétence, le juge de paix ne peut pas trancher cette question, car il n'est pas juge, mais conciliateur, et c'est à tort qu'on a proposé la solution contraire. On dit volontiers qu'il doit, en pareil cas, dresser un procès-verbal de non conciliation, mais cette solution n'est pas conforme à la vérité des faits, car le défendeur ne déclare pas qu'il refuse de se concilier, mais seulement qu'on aurait dû le citer devant un autre juge et il aurait peut-être volontiers transigé devant ce juge compétent. La vérité est que la loi n'a pas prévu ce cas ; il semble, dès lors, que le juge de paix doit se borner à déclarer qu'il n'a pas essayé de concilier les parties, parce que le défendeur a invoqué son incompétence et qu'il les renvoie sur cet incident devant le tribunal d'arrondissement. Il est certain que, dans ces conditions, la tentative de conciliation a peu de chance de succès et c'est probablement pour ce motif que la jurisprudence préfère la solution qui oblige le juge de paix à dresser un procès-verbal de non conciliation.

## § 36. — **Procédure de la tentative de conciliation** (art. 51 à 54 C. pr.).

Le demandeur appelle le défendeur en conciliation par citation d'huissier; la loi ajoute : de la justice de paix (art. 51); mais cette mention n'est plus exacte depuis que la loi du 25 mai 1838 (art. 16) a supprimé les huissiers spécialement attachés aux justices de paix et a décidé que tout huissier du canton pourrait instrumenter auprès de la justice de paix. Il va sans dire que cette citation d'huissier n'est pas nécessaire si les parties comparaissent

volontairement (1). Mais avant d'étudier cette citation d'huissier, il faut trancher une question préliminaire et encore discutée, qui trouve ici sa place naturelle. Nous verrons bientôt que, pour les affaires de sa propre compétence, le juge de paix, avant de juger comme juge, doit faire appeler devant lui les parties par simple lettre du greffier, à l'effet de tenter de les concilier : c'est ce qu'on appelle la petite conciliation, par opposition à la conciliation des articles 48 et suivants du Code de procédure. Tout en consacrant déjà cette petite conciliation dans son article 17, la loi du 25 mai 1838 la laissait complètement facultative pour le juge de paix. On ne tarda pas à constater qu'elle produisait d'excellents résultats et, pour en étendre le bienfait, la loi du 2 mai 1855 déclara qu'elle serait désormais obligatoire pour le juge de paix. Or, auparavant, certains juges de paix appelaient par simple lettre du greffier les parties en petite conciliation, non seulement s'il s'agissait d'affaires de leur propre compétence, mais même pour celles qui étaient de la compétence des tribunaux d'arrondissement, de sorte que, dans ce dernier cas, il pouvait y avoir deux tentatives de conciliation successives, la première sur lettre d'avertissement du greffier, la seconde sur citation d'huissier et conformément aux articles 48 et suivants du Code de procédure. A quel système faut-il s'attacher aujourd'hui ? Suivant certains auteurs, il y a deux tentatives de conciliation successives pour les affaires des tribunaux d'arrondissement : d'abord la petite conciliation sur simple lettre, devenue obligatoire depuis la loi de 1855, ensuite la tentative de conciliation du Code de procédure pour le cas où la première n'aurait pas réussi. Telle était la pratique, dit-on, de certains juges de paix sous l'empire de la loi du 25 mai 1838 qui déclarait la petite conciliation facultative, et la loi du 2 mai 1855 n'a pas eu d'autre but que de la rendre obligatoire, mais elle n'a pas condamné la pratique antérieure qui étendait la petite conciliation aux affaires des tribunaux d'arrondissement. Cette double tentative de conciliation n'a rien de vexatoire, car la première se fait pour ainsi dire sans frais et sans délai (2).

Cette solution nous paraît cependant bien contestable. Et d'abord, il suffit de se reporter au texte de la loi du 2 mai 1855 pour constater que cette loi n'a vraiment songé qu'aux affaires de la compétence des juges de paix. C'est ainsi que la loi de 1855 dispense de l'avertissement sans frais les affaires qui requièrent célérité, disposition qui n'aurait aucun sens si elle s'appliquait aussi aux affaires du tribunal d'arrondissement, que le Code de procédure a déjà dispensées dans ce cas de la tentative de conciliation. C'est qu'en effet appeler deux fois les parties en conciliation, c'est vraiment abuser de ce moyen et en compromettre le succès. Les parties ne manqueront pas de chercher des procédés pour éviter ces deux tentatives de conciliation. Le rapporteur de la loi de 1855 a directement songé à notre question et l'a tranchée avec une telle netteté qu'on ne voit pas comment la controverse peut encore subsister : « Une remarque, disait-il dans son rapport, motivée par une pratique vicieuse, doit trouver ici sa place. Ce

(1) Chambéry, 2 mars 1896, D. P. 98, 2, 393.

(2) La lettre d'avertissement n'est pourtant plus absolument gratuite ; car elle a été soumise à l'impôt depuis la loi du 23 août 1871 (art. 21).

serait se tromper gravement que soumettre aussi à cette formalité de l'avertissement les citations en conciliation données en vertu des articles 48 et suivants du Code de procédure. Une semblable interprétation est aussi contraire à l'esprit qu'au texte du projet de loi. On établit par là, pour les instances appartenant aux tribunaux ordinaires, deux tentatives de conciliation, l'une sur lettre, l'autre sur citation. Dès lors, on occasionne des retards et des déplacements dispendieux, on fait dégénérer en une formalité vexatoire une prescription salutaire (1). »

Pour les affaires de la compétence des tribunaux d'arrondissement, il n'y a donc qu'une tentative de conciliation, laquelle commence par la citation de l'article 48 du Code de procédure. La loi n'a pas dit de quelle mention se compose la citation en conciliation, mais on est d'accord pour décider qu'il faut, par extension, appliquer l'article 1er du Code de procédure relatif aux mentions qui doivent se trouver dans la citation devant le juge de paix comme juge. L'acte devra donc contenir les noms, profession et domicile du demandeur, les noms, demeure et immatricule de l'huissier, les noms et demeure du défendeur, l'objet de la demande, l'indication du juge de paix compétent, celle du jour et de l'heure de la comparution; l'acte doit être daté et bien entendu signé, quoique la loi ne le dise pas. La mention des moyens prescrite par l'article 1er du Code de procédure peut ici être supprimée ; cela s'induit de l'article 52.

La loi n'a pas dit quelles sont, parmi ces mentions, celles qui sont prescrites à peine de nullité et dès lors, par application de la théorie générale, déjà exposée, nous déciderons que la citation ne serait nulle qu'autant qu'on aurait omis une formalité substantielle, par exemple l'indication du demandeur, celle du défendeur, celle de l'objet de la demande, celle du juge, celle de la date. Si l'acte n'était pas signé, il serait même inexistant. L'omission d'une des mentions relatives à l'indication du demandeur ou du défendeur serait indifférente, si les mentions insérées suffisaient pour faire connaître sans hésitation la partie. Il n'y aurait pas non plus nullité, si on avait oublié d'indiquer le délai de comparution, car, pour connaître ce délai, il suffit de se reporter à la loi.

Le délai de comparution en conciliation devant le juge de paix est de trois jours francs (art. 51 C. pr.), tandis qu'il serait réduit à un jour s'il s'agissait de se présenter devant le juge de paix comme juge. Le projet du code avait soin de déclarer que ce délai est franc, mais on a supprimé cette indication sur l'observation très juste qu'elle était inutile, par cela même qu'elle ne faisait que rappeler le droit commun. Il est en effet de principe que tout délai de jours est franc et s'augmente d'un jour par cinq myriamètres, à raison des distances, toutes les fois qu'il a pour point de départ une signification à personne ou domicile (art. 1033 C. pr.). Il n'y aura évidemment jamais lieu à augmentation à raison des distances, lorsque le demandeur ne citera qu'un seul défendeur devant le juge de paix de son domicile, car il n'existe pas de cantons assez étendus pour que le défendeur puisse être domicilié à plus de cinq myriamètres du chef-lieu. Mais il y aura lieu d'appliquer l'augmentation

(1) Rapport de M. Busson-Billault, D. P. 1855, 4, 54.

dans certains cas où le défendeur peut être cité devant un juge de paix qui n'est pas celui de son domicile.

Si la citation était lancée contre un étranger, il faudrait appliquer, par analogie, les dispositions de l'article 73 du Code de procédure. Au jour fixé, les parties doivent comparaître en personne; la loi ne leur permet de se faire représenter par mandataire qu'en cas d'empêchement (art. 53 C. pr.). Elle a pensé que le juge de paix aurait plus de chance de succès s'il s'adressait directement aux parties elles-mêmes. En pratique, on n'observe pas la loi et on permet aux plaideurs de se faire représenter même en l'absence de tout empêchement. D'ailleurs, le juge de paix ne pourrait pas ordonner la comparution personnelle, quoiqu'on ait dit à tort le contraire; il devrait en effet la prescrire par jugement; or, nous avons vu qu'étant conciliateur et non pas juge, il ne peut prendre aucune décision d'une nature contentieuse. Mais lorsqu'une partie se présente par mandataire, il a le droit de rechercher si le mandat est valable et il n'est valable qu'autant qu'il y a empêchement de la partie (1); celui qui nomme un fondé de pouvoir sans être empêché de venir donne donc un mandat nul et, comme il n'est pas représenté, le juge de paix a le droit de dire qu'il est défaillant, ce qui lui fera encourir une amende. Le juge de paix a encore un autre moyen pratique de contraindre une partie à se présenter, c'est de remettre successivement l'affaire jusqu'à ce que cette partie vienne en conciliation. Mais tout dépend, bien entendu, des circonstances, et il pourrait arriver, dans tel cas déterminé, qu'en procédant ainsi le juge de paix fît l'affaire de la partie au lieu de la gêner.

Il résulte des travaux préparatoires de la loi du 25 mai 1838 et d'une instruction ministérielle du 6 juin de la même année, que si le juge de paix ne peut pas contraindre les parties à comparaître en personne, il a du moins le droit de leur interdire de se faire représenter par des mandataires d'une réputation douteuse. Ce magistrat a un pouvoir discrétionnaire à l'effet d'apprécier si telle personne jouit d'une honorabilité suffisante pour se présenter comme mandataire en conciliation. En principe, toute personne peut être mandataire devant le juge de paix sous les conditions de capacité du droit commun et le mandat peut lui être donné aussi bien par acte écrit sous seing privé que par acte authentique (2). Mais il faut un mandat spécial; un mandat général serait insuffisant pour donner qualité à l'effet de venir en conciliation. La loi des 6-27 mars 1791 (art. 16) exigeait en outre que la procuration contînt pouvoir de transiger. Dans les travaux préparatoires du code, il fut observé au Tribunat qu'il ne serait ni juste ni raisonnable de contraindre les parties, qui ne peuvent se présenter elles-mêmes, de remettre entre les mains de tiers la disposition de leur fortune, alors d'ailleurs qu'il dépend de ces mêmes parties de rendre sans objet la tentative de conciliation en refusant de s'arranger. Les dispositions de la loi de 1791 n'ayant pas été reproduites par le Code de procédure, nous devons en con-

(1) Dans la pratique on ne tient pas compte de cette exigence de la loi, et on admet de la manière la plus large le mandat en conciliation.

(2) La jurisprudence n'admet pas le mandat verbal, ni même le mandat tacite résultant, pour l'officier ministériel, de la remise des pièces entre ses mains. Cass., 21 juillet 1886, *Gazette du Palais*, 86, 2, 286.

clure que le mandat ne contient pas nécessairement pouvoir de transiger. Chaque partie peut donner simplement mandat de comparaître, mais alors la conciliation devient impossible. Si le mandat contient pouvoir de se concilier, le mandataire a le droit de transiger ; en procédure, les termes : se concilier et transiger, sont synonymes (1).

La loi des 6-27 mars 1791 (art. 16) défendait aux avoués, greffiers, huissiers et ci-devant hommes de loi ou procureurs, de représenter les parties au bureau de paix. Le Code de procédure n'a pas reproduit ces prohibitions. Toutefois, l'article 18 de la loi du 25 mai 1838 relative à la compétence des juges de paix, déclare que les huissiers ne peuvent pas représenter les parties ni les assister comme conseils dans les causes portées devant les justices de paix, sous peine d'une amende de 25 à 50 francs, à moins qu'il ne s'agisse de leurs femmes, parents ou amis ou alliés en ligne directe et de leurs pupilles.

On a voulu étendre cette disposition à la tentative de conciliation, mais à tort, car toute disposition qui consacre une capacité est par cela même exceptionnelle et ne comporte pas d'application par voie d'analogie. Or la loi ne déclare les huissiers incapables que pour les causes de la compétence des juges de paix (2).

Il s'agit maintenant de déterminer le rôle du juge de paix et celui des parties. N'oublions pas que nous sommes en présence d'un conciliateur et non d'un juge et qu'il s'agit de juridiction gracieuse. Nous en déduirons tout de suite que le juge de paix n'est pas tenu de tenter la conciliation en audience publique. On a soutenu le contraire en invoquant le principe général de la publicité de la justice, mais on a oublié que ce principe comporte exception pour la juridiction gracieuse. Ce n'est pas à dire non plus, cependant, que la publicité soit interdite. Le juge de paix jouit d'un pouvoir discrétionnaire et, suivant les circonstances, il essaiera de concilier à huis clos ou en public. De même, le juge de paix peut interdire la présence des hommes de loi, lorsque les parties comparaissent en personne et que leur présence paraît de nature à empêcher la conciliation au lieu de la faciliter (3). Ce n'est plus là, il est vrai, une conséquence de ce qu'il s'agit de juridiction gracieuse, mais une application de l'article 53 qui n'admet les mandataires, hommes de loi ou autres, qu'en l'absence des parties, et à ces mandataires il faut assimiler ceux qui, comme les avocats, assistent les plaideurs.

Nous avons déjà vu que le juge de paix, n'étant qu'un conciliateur, ne peut faire aucun acte de juridiction contentieuse : il n'a pas le droit d'ordonner la comparution personnelle des parties par la raison qu'elles ne sont pas empêchées ; il n'a pas le droit de statuer sur les différentes exceptions, par exemple d'incompétence, de nullité, de délai ou autres qui peuvent être soulevées par le défendeur. Si les parties ne peuvent pas s'entendre au sujet de ces exceptions, le juge de paix dresse un procès-verbal qui n'est ni de conciliation ni de non-conciliation et pour lequel il les renvoie devant le

(1) Douai, 13 mai 1836, Dalloz, v° *Conciliation*, n° 292.

(2) Le mari a-t-il besoin d'un pouvoir spécial pour se présenter en conciliation au nom de sa femme? Tout dépend des pouvoirs que lui reconnaît son contrat de mariage.

(3) Lettre ministérielle du 15 mars 1882, Carré et Chauveau, t. I, n° 1048.

tribunal qui statuera. Si le tribunal admet l'incompétence, il faudra tenter de se concilier devant un autre juge de paix ; s'il admet la nullité de la citation, il faudra en faire une nouvelle devant le même juge de paix ; s'il admet que le défendeur se trouve dans les délais pour faire inventaire et délibérer, il faudra surseoir à la tentative de conciliation jusqu'à ce que le défendeur ait pris parti ou que les délais soient expirés.

Mais si le juge de paix n'a pas les attributions d'un juge, il ne faudrait pas croire que son rôle soit tout à fait muet. Sans doute, il n'a pas le droit d'interroger les parties comme le ferait un juge dans la procédure d'interrogatoire sur faits et articles ou dans celle de la comparution personnelle, ainsi que l'a décidé très justement un arrêt ancien de la Cour de cassation (1), mais il peut cependant leur poser des questions, provoquer des explications. S'il en était réduit à rester silencieux et à consigner sur son procès-verbal les explications des parties qui le plus souvent n'ont aucune connaissance du droit, ne savent se servir de la parole et sont aveuglées par leur intérêt personnel, la tentative de conciliation n'aboutirait pas. Le juge de paix a un rôle plus important, un rôle très actif, celui d'un médiateur qui dirige les parties sur le point de s'égarer, modère leurs prétentions si elles sont exagérées et les amène finalement à respecter leurs droits réciproques.

Les parties peuvent donner elles-mêmes leurs explications ou, si elles éprouvent des difficultés, par l'intermédiaire d'un avocat ou de toute autre personne qui les assiste. Le demandeur a le droit d'exposer sa demande ; il en a même le devoir, car la citation contenant seulement l'objet de cette demande, le défendeur n'est pas au courant des moyens sur lesquels elle est fondée. La loi permet au demandeur d'augmenter sa demande, et c'est ainsi qu'après avoir réclamé seulement le capital dans la citation, il peut maintenant y ajouter les intérêts. Mais il ne saurait présenter de demandes nouvelles, du moins sans le consentement du défendeur ; ce serait violer l'article 52 du Code procédure, qui veut que la citation énonce l'objet de la demande.

La loi semble permettre au défendeur de répondre au demandeur par toutes sortes de prétentions, et quelques auteurs ont même admis cette solution à cause des termes généraux de l'article 54. Il est certain que le défendeur n'est lié par rien, puisqu'il n'a pas déposé de conclusions et qu'il n'est pas tenu de répondre à la citation par des significations. Mais néanmoins, malgré les termes absolus de la loi, il faut décider que le défendeur ne peut former que des demandes relatives à l'action dirigée contre lui ou qui ont un certain rapport avec cette action. Ainsi le défendeur aura le droit d'opposer la compensation, de demander la nullité de l'obligation dont le demandeur réclame l'exécution. Cependant, si le demandeur consentait à accepter le débat sur des demandes qui n'auraient aucun rapport avec sa prétention, alors le préliminaire de conciliation pourrait être tenté même sur ces demandes.

Les parties ont le droit de recourir au serment comme moyen de conciliation (art. 55 C. pr.). Mais ici le législateur ne pouvait pas appliquer les effets du serment en matière contentieuse. Et d'abord, ce sont les parties seules qui

(1) Req., 2 mars 1807. Voy. *Jur. gén.*, v° *Compétence administrative*, n° 88.

peuvent se déférer le serment l'une à l'autre : le juge de paix n'étant qu'un conciliateur n'a pas le droit d'ordonner le serment supplétoire, pas plus qu'aucune autre mesure d'instruction. En outre, dans un procès ordinaire, la délation de serment aboutit nécessairement à une condamnation : si celui à qui il a été déféré le prête, son adversaire succombe ; c'est lui, au contraire, qui perd le procès s'il refuse de prêter le serment, à moins qu'on ne soit dans l'un des cas où le serment peut être référé à celui qui l'avait déféré, parce qu'il s'agit d'un fait commun aux deux parties. Ici la situation est différente, dans le cas où une partie défère le serment à l'autre ; ce serment ne peut pas être décisoire du procès, par la raison qu'il n'y a pas procès. Si le serment est prêté, il y a conciliation, car celui qui l'avait déféré avait en réalité offert la conciliation à la condition d'un serment à prêter par l'adversaire ; si la partie a refusé de prêter le serment, il y a non-conciliation ; mais on ne peut pas dire qu'elle perde le procès, puisqu'il va au contraire s'engager maintenant. Enfin, la partie à laquelle le serment a été déféré peut aussi, comme en justice contentieuse, le référer à son adversaire et alors il y aura ou non conciliation, suivant que celui-ci le prêtera ou refusera de le prêter. Le refus de prestation de serment n'est en effet ici qu'un refus de se concilier et cela est tellement vrai que plus tard, en justice, cette même partie, qui a refusé de jurer en conciliation, pourra prêter le serment devant le tribunal sans se mettre en contradiction avec elle-même (1). On a dit toutefois qu'en pareil cas cette partie devrait payer les frais, quoiqu'elle ait obtenu gain de cause, parce que le procès a eu lieu par suite de son refus de prêter le serment en conciliation. Cette solution est fort contestable : celui qui refuse de se concilier, et c'est ce que fait la partie qui ne veut pas prêter serment, use de son droit et ne commet aucune faute. Si plus tard il gagne le procès, on ne peut mettre les frais à sa charge qu'à titre de dommages-intérêts, mais ceux-ci supposent une faute et, dans ce cas particulier, la faute n'existe pas. Il y a cependant une particularité pour le cas où le juge de paix a dû dresser un procès-verbal de non-conciliation à raison du refus de prestation du serment : il faut qu'il fasse connaître le motif de la non-conciliation, c'est-à-dire le refus de serment (art. 55 C. pr.), tandis qu'ordinairement le procès-verbal de non-conciliation ne relève pas les causes qui ont empêché les parties de transiger.

### § 37. — **Effets de la tentative de conciliation** (art. 54 à 59 C. pr.).

Pour comprendre d'une manière complète les effets de la tentative de conciliation, il faut successivement distinguer quatre cas.

Premier cas. Les parties se sont conciliées (art. 54 C. pr.). Le juge de paix fait dresser par le greffier un procès-verbal de l'arrangement, dont la minute est déposée au greffe de la justice de paix. Ce procès-verbal contient les clauses de l'arrangement et la loi dit que « les conventions des parties insérées au procès-verbal ont force d'obligation privée » (art. 54 C. pr.). Pour comprendre le sens de cette formule un peu obscure, il faut se reporter à la discussion

(1) Douai, 5 janvier 1854, D. P. 54, 2, 125.

du Conseil d'État. C'est à la demande des notaires de Paris que cette disposition a été introduite dans le Code ; ils ont craint que les particuliers ne fussent portés à simuler des procès pour obtenir du juge de paix en conciliation des procès-verbaux, si ces actes avaient eu la même valeur que les actes notariés. On sait que les actes notariés jouissent, comme les jugements, du privilège d'être revêtus de la formule exécutoire ; on sait encore que, pour certains contrats, le ministère du notaire, ordinairement facultatif, devient obligatoire, par exemple en matière de donation, de constitution d'hypothèque, de subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée, de contrat de mariage. Si le procès-verbal de conciliation avait été placé sur la même ligne que l'acte notarié, il est évident que pour éviter de payer les émoluments parfois fort élevés des actes notariés, les parties, en simulant un désaccord, auraient fait dresser un procès-verbal de conciliation dont les frais sont relativement insignifiants, et les notaires auraient été menacés d'un grave préjudice. C'est donc dans leur intérêt et sur leur réclamation qu'une disposition spéciale a été insérée dans le Code pour les protéger contre ce danger. Dans le projet primitif du Code, l'article portait : « Les conventions insérées au procès-verbal de conciliation ne seront point exécutoires et ne donneront point hypothèque. » Cette rédaction fut écartée parce qu'on la trouvait trop obscure et on lui préféra la formule actuelle qui parut plus précise et qui cependant l'est encore moins. C'est bien plutôt des travaux préparatoires eux-mêmes que se dégage le vrai sens de la règle suivant laquelle le procès-verbal de conciliation a la force d'une obligation privée.

On sait que les actes notariés ont en réalité deux forces : la force probante des actes authentiques, en vertu de laquelle ils font foi de ce qu'ils contiennent jusqu'à inscription de faux, et la force exécutoire, qui leur est propre ainsi qu'aux jugements et qui permet aux intéressés de recourir à l'exécution par la force, s'ils n'obtiennent pas satisfaction à l'amiable. Il ne faudrait pas croire que la loi ait entendu refuser au procès-verbal de conciliation la force probante commune à tous les actes authentiques ; elle a simplement voulu que le procès-verbal de conciliation ne pût pas produire les effets qui sont réservés aux actes notariés. De là résultent les conséquences suivantes.

On ne peut pas constater dans un procès-verbal de conciliation un acte quelconque pour lequel le ministère du notaire est obligatoire, comme une donation, une constitution d'hypothèque, une subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée et, si le procès-verbal de conciliation ne peut pas recevoir une hypothèque conventionnelle, *a fortiori* ne saurait-il entraîner par lui-même hypothèque judiciaire.

Il n'est pas revêtu de la formule exécutoire, de sorte que, si son exécution rencontre un obstacle, il faudra s'adresser à la justice pour obtenir un jugement et même, avant de saisir un tribunal, il sera nécessaire de tenter une seconde conciliation, non plus sur le même objet que la première, mais sur la transaction intervenue dans cette première conciliation. C'est en ce sens et dans cette mesure seulement que le procès-verbal de conciliation a force d'obligation privée, c'est-à-dire est assimilé à un acte sous seing privé :

il ne peut pas contenir une convention pour laquelle le ministère des notaires est obligatoire ; il n'a pas force exécutoire. Mais au point de vue de la force probante, qu'il faut se garder de confondre avec la force exécutoire, le procès-verbal de conciliation n'est plus assimilé à un acte sous seing privé. Sous ce rapport, les notaires n'exercent plus aucun privilège et l'authenticité attachée à leurs actes est au contraire aussi reconnue à tous les actes de fonctionnaires ou d'officiers publics, passés dans l'exercice de leurs fonctions.

Le procès-verbal de conciliation a donc la force probante d'un acte authentique (1) ; il fait foi jusqu'à inscription de faux et est dispensé des formalités prescrites pour la rédaction des actes sous seing privé. Si l'exactitude du procès-verbal est contestée, ce n'est pas à celui qui le prétend régulier à faire la preuve de sa sincérité, mais à celui qui la conteste de l'attaquer par la voie de l'inscription de faux.

L'aveu mentionné dans le procès-verbal n'est pas sans doute un aveu judiciaire, mais, en réalité, il fait la même loi, puisqu'il se trouve constaté dans un acte authentique. De même, le procès-verbal de conciliation étant un acte authentique et non un acte sous seing privé, quant à la force probante, un seul original suffit, tandis que s'il s'agissait d'un acte sous seing privé, il en faudrait autant qu'il y aurait de parties ayant des intérêts distincts (art. 1325 C. civ.). De même encore, il ne peut pas être question ici de soumettre une reconnaissance unilatérale de dette de sommes d'argent aux formalités de l'article 1326 du Code civil. De même encore, la convention a date certaine du jour où elle est constatée par le juge de paix et non pas seulement du jour de l'enregistrement.

La signature des parties n'est pas non plus nécessaire (2) : cette solution est cependant vivement contestée ; elle est également repoussée par la pratique et certains auteurs vont jusqu'à décider que le défaut de signature équivaut au refus de conciliation (3). La vérité est que, dans le silence du Code de procédure, il faut appliquer le système général de la loi sur la preuve écrite. Or, dans ce système, les actes sous seing privé doivent seuls être signés des parties ; leur signature n'est pas nécessaire sur les actes authentiques, précisément parce que ces actes ne sont pas leur œuvre, mais celle d'un officier public dont la signature suffit. Pour que la signature des parties soit nécessaire dans un acte authentique, il faut qu'un texte spécial et formel l'impose, parce qu'il s'agit d'une dérogation au droit commun ; c'est ce que fait la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat dans son article 14 ; mais il n'existe aucune disposition semblable pour le procès-verbal de conciliation dans le Code de procédure. Sans doute, la loi des 16-24 août 1790, tit. XI, art. 3, exigeait la signature des parties sur le procès-verbal de conciliation, mais il est de toute évidence que cette disposition a été abrogée par le Code de procédure et comme celui-ci n'a plus parlé de cette formalité, il est impossible de l'imposer encore aujourd'hui.

Deuxième cas. Les parties ne sont pas parvenues à se concilier. Le juge

(1) Chambéry, 2 mars 1896, D. P. 98, 2, 393.

(2) Chambéry, 2 mars 1896, D. P. 98, 2, 393.

(3) S'il s'agit d'une personne qui ne sait pas signer, la mention de cette circonstance par le greffier équivaut à la signature.

de paix dresse encore un procès-verbal, mais avec la simple mention sommaire qu'elles n'ont pas pu s'accorder et sans indication des motifs de leur dissentiment (1), sauf dans le cas où le désaccord provient d'un refus de prestation de serment (art. 54 et 55 C. pr.). Aussi pourrait-on supprimer ce procès-verbal de non-conciliation et sa signification qui fait double emploi avec l'ajournement devant le tribunal; une simple constatation sans frais sur l'original de la citation devrait suffire pour autoriser le demandeur à donner suite à son action. La loi des 16-24 août 1790 voulait que le procès-verbal de non-conciliation contînt les dires et aveux des parties. Aussi, les plaideurs ne se rendaient fort souvent au bureau de paix que pour s'observer et s'épier; cela nuisit au préliminaire de conciliation auquel on reprochait d'être devenu un guet-apens judiciaire. C'est pour ce motif qu'on a supprimé cette formalité. Le juge de paix ne pourrait même pas, à notre avis du moins, constater un aveu fait par une des parties, à moins que celle-ci n'y consentît et avec ce consentement il aurait aussi la faculté de faire connaître tous les motifs qui ont empêché l'arrangement, car la disposition de l'article 54 n'est pas d'ordre public (2).

Troisième cas. Une des deux parties n'a pas comparu (art. 56 et 58 C. pr.). Dans ce troisième cas, il n'est plus dressé procès-verbal; le greffier se borne à constater le défaut sur le registre tenu au greffe à cet effet et sur l'original de la citation, si c'est le demandeur qui s'est présenté et si c'est le défendeur qui a fait défaut, ou sur la copie, si c'est le défendeur qui est venu et si c'est le demandeur qui a fait défaut. Celle des deux parties qui n'a pas comparu encourt une amende de dix francs qu'elle supporte définitivement, même si, dans la suite, elle gagne le procès. Cette amende est d'ailleurs beaucoup trop faible, et la menace de la payer ne décide jamais à venir devant le juge de paix une partie qui est résolue à plaider. L'amende n'est pas prononcée par le juge de paix, car on sait qu'il n'est pas juge, mais par le tribunal d'arrondissement (3).

Si c'est le demandeur qui a été défaillant, il doit, pour donner suite au procès, payer spontanément l'amende; dans la pratique, il préfère citer de nouveau. Autrement, le défendeur ou le ministère public pourra lui opposer une fin de non recevoir absolue, tant qu'il n'aura pas justifié de la consignation de l'amende.

Si c'est le défendeur qui ne s'est pas présenté, il est évident que le défaut de sa part de paiement de l'amende ne peut paralyser l'action du demandeur, autrement il aurait un moyen facile d'éluder le procès qui lui est fait. L'affaire pourra donc s'engager, mais le demandeur et le ministère public pourront opposer au défendeur une fin de non recevoir; s'ils ne le font pas au début de l'instance, cette instance suivra néanmoins son cours bien que le défendeur n'ait pas consigné l'amende, mais le tribunal devra condamner même d'office le défendeur au paiement de cette amende par une disposition spéciale du jugement qui interviendra.

(1) Besançon, 24 juillet 1881, S., 82, 2, 180; Cass. de Belgique, 4 mai 1882, S., 82, 4. 25.

(2) *Contra* Orléans, 7 avril 1838, S. 38. 2, 523.

(3) Req., 25 mai 1852, D. P. 52, 1, 279.

Si le tribunal avait omis de condamner à l'amende, le ministère public pourrait poursuivre cette condamnation contre le défaillant pendant trente ans. Il ne s'agit pas en effet ici d'une amende d'enregistrement, laquelle se prescrirait par deux ans d'après la loi du 22 frimaire an VII, mais d'une amende de procédure qui, en l'absence de tout texte, est soumise à la prescription générale de trente ans.

Il va sans dire que l'amende ne serait pas encourue s'il s'agissait d'une affaire dispensée de la tentative de conciliation (1), ou si les parties étaient tombées d'accord pour supprimer cette tentative ou encore si le défaillant avait été empêché de se présenter même par mandataire, par cas fortuit ou de force majeure, par exemple pour cause de maladie. Le défendeur défaillant échapperait encore à l'amende s'il prouvait qu'il a été cité devant un juge de paix incompétent ou que la citation est nulle pour vice de forme. On ne peut pas lui reprocher de n'être pas venu devant le juge de paix pour faire valoir précisément cette incompétence ou cette nullité, puisque le juge de paix n'a pas qualité pour en connaître.

Quatrième cas. Lorsqu'aucune des deux parties ne se présente, rien n'est fait, et le greffier ne peut dresser aucun procès-verbal, puisqu'il n'a pas connaissance de l'affaire.

La tentative de conciliation qui n'a pas réussi n'en produit pas moins cet effet important de permettre de saisir le tribunal de l'affaire à la condition, pour le cas où il y a eu défaut du demandeur, que celui-ci ait payé l'amende. Elle produit même cet effet pendant trente ans. On ne peut pas, comme on l'a déjà dit, lui appliquer la péremption d'instance par trois ans, puisqu'elle ne fait pas partie de l'instance.

La citation en conciliation, elle-même, produit deux effets importants, mais à la condition qu'elle soit suivie d'une demande en justice dans le mois qui suit la non conciliation ou la non comparution. Il faut bien remarquer que ce mois n'a pas pour point de départ la citation en justice de paix, mais le jour où le greffier a dressé un procès-verbal de non-conciliation ou a constaté sur son registre le défaut. D'un autre côté, ce mois n'est pas franc, puisque le délai ne commence pas à courir à partir d'une signification à personne ou à domicile. Si, dans ce mois, le demandeur ajourne le défendeur en justice, alors la loi veut que l'interruption de la prescription et le cours des intérêts moratoires résultent déjà de la citation en conciliation, de sorte que ces deux effets ne sont pas produits par l'ajournement (art. 57 C. pr.). Mais pour que la citation en conciliation ait ce double effet, la loi veut que la menace qu'elle contient se réalise dans le mois qui suit la non-conciliation ou la non-comparution. Si une partie pouvait se borner à citer de temps en temps en conciliation pour interrompre la prescription et faire courir les intérêts, elle mettrait son adversaire dans une inquiétude perpétuelle.

D'ailleurs la citation, même devant un juge incompétent, interrompt la prescription. C'est une dérogation, sans doute, à la règle suivant laquelle un acte nul ne doit produire aucun effet; aussi cette dérogation est-elle consacrée par le texte formel de l'article 2246 du Code civil qui n'a pas voulu

(1) *Contra* Limoges, 14 août 1860, D. P. 61, 2, 165.

qu'une erreur sur la compétence puisse faire courir à une partie le risque de perdre son droit. Mais la loi n'ajoute pas que la citation devant un juge de paix incompétent fera aussi courir les intérêts moratoires; il faut donc, sous ce rapport, retourner au droit commun et décider qu'en pareil cas les intérêts moratoires ne courent pas, parce qu'un acte nul ne produit aucun effet. De même, si la citation était nulle pour vice de forme, quoique le juge de paix fût compétent et que la citation fût suivie dans le mois d'une demande en justice, elle n'interromprait pas la prescription et ne ferait pas courir les intérêts moratoires (arg. art. 2247 C. civ.).

Lorsque la citation en conciliation est remplacée par une comparution volontaire, certains auteurs prétendent que cette comparution valant citation interrompt aussi la prescription et fait courir les intérêts moratoires. Cette solution ne nous paraît pas admissible : l'interruption de prescription et le cours des intérêts moratoires sont des effets très graves que la loi attache seulement à certains actes et, comme on est en matière de droit étroit, on ne peut se permettre aucune extension, même par voie d'analogie. Or, la loi n'attache ce double effet qu'à l'exploit d'huissier qui constitue la citation en conciliation, et il ne peut dès lors pas résulter ni d'une comparution personnelle ni même du billet d'avertissement de petite conciliation. Mais d'ailleurs, dès qu'une citation a eu lieu, elle produit ce double effet, même si ensuite les deux parties ont fait défaut devant le juge de paix, pourvu que cette citation soit toutefois suivie d'une assignation dans le mois de la non-comparution.

Une question plus délicate est de savoir si la citation produirait encore ces deux effets dans le cas où elle aurait été lancée à l'occasion d'une affaire que la loi dispense de cette tentative. La Cour de cassation a répondu négativement d'une manière absolue (1). Dans la doctrine, on admet assez volontiers une distinction et on décide que, dans ces circonstances, la citation en conciliation produit ou non ses deux effets ordinaires, selon que la dispense de conciliation est établie en faveur des parties qui ont alors le droit d'y renoncer ou par des raisons d'ordre public qui s'opposent à toute transaction de cette nature.

### § 38. — Tentatives de conciliation autres que celle des affaires civiles de la compétence des tribunaux d'arrondissement.

La tentative de conciliation des articles 48 et suivants du Code de procédure ne s'applique, avons-nous dit, qu'aux affaires de la compétence des tribunaux d'arrondissement en premier ressort ou en premier et dernier ressort. Il n'y a, en matière commerciale, aucune tentative de conciliation préliminaire, mais toutes les fois que le juge de commerce renvoie les parties devant un ou trois arbitres rapporteurs au cours du procès, cet arbitre ou ces arbitres reçoivent la mission de concilier les parties, et c'est seulement pour le cas où ils n'y parviennent pas qu'ils adressent au tribunal un rapport dans lequel ils lui donnent leur avis sur l'affaire (art. 425 C. pr.).

(1) Req., 17 janvier 1877, D. P. 78, 1, 19.

Il existe au contraire, pour les affaires de la compétence des juges de paix, une tentative de conciliation préliminaire qui se rapproche sous certains rapports de la tentative de conciliation des articles 48 et suivants. Cette petite conciliation à laquelle nous avons déjà fait allusion s'est introduite par l'usage. Certains juges de paix imaginèrent autrefois d'interdire aux huissiers de leurs cantons de donner aucune citation, tant qu'ils n'auraient pas eux-mêmes appelé par simple lettre les parties à l'effet de les arranger. Cet usage produisit d'excellents résultats; aussi, la loi du 25 mai 1838 le consacra législativement dans son article 17. Cette loi laissait d'ailleurs au juge de paix pleins pouvoirs pour ordonner ou non la petite conciliation et c'est en ce sens qu'on dit qu'elle était facultative. Les résultats de cette petite conciliation ayant été reconnus très satisfaisants, une loi du 2 mai 1855 rendit, comme on l'a vu, la mesure obligatoire pour le juge de paix. Désormais toute affaire de sa compétence fut soumise à la petite conciliation. On n'en dispensa que les affaires requérant célérité et celles dans lesquelles le défendeur serait domicilié hors des cantons ou du canton de la même ville. Depuis cette époque, dès qu'une partie se présente chez un huissier pour que celui-ci cite son adversaire en justice de paix, l'huissier doit refuser son ministère tant que le greffier n'a pas, au préalable, appelé les parties par simple lettre en petite conciliation (1). Si l'huissier faisait et signifiait la citation avant la tentative de conciliation, il supporterait les frais de l'exploit. Lorsque l'affaire requiert célérité, le demandeur doit se faire autoriser par le juge de paix à citer directement en justice, et ce magistrat lui donne cette autorisation sur l'original de l'exploit. La mission et les pouvoirs du juge de paix sont les mêmes que pour la conciliation des article 48 et suivants. Toutefois, le juge de paix, en cas d'arrangement, ne dresse un procès-verbal que si l'une des partiès ou toutes deux le demandent, et la loi de 1855 ajoute que ce procès-verbal de conciliation a force d'obligation privée, formule dont nous avons déjà fait connaître la portée.

# CHAPITRE II

## AJOURNEMENT (art. 61 à 75).

### § 39. — Généralités et historique.

L'ajournement est l'acte par lequel le défendeur est cité devant le tribunal pour plaider et pour y entendre sa condamnation si le demandeur prouve son droit. On donne aussi le plus souvent, dans la pratique, à l'ajournement le nom d'assignation ; ce dernier terme est l'expression générale qui s'applique à tous les exploits signifiés à personne ou domicile pour comparaître en justice, mais on donne plus spécialement le nom d'ajournement

(1) Depuis la loi du 23 août 1871, art. 22, la lettre doit être écrite sur papier timbré. Voy., sur le registre des avertissements et sur les émoluments du greffier, la loi du 2 mai 1855.

aux assignations devant le tribunal d'arrondissement et celui de citation aux assignations en justice de paix.

Celui qui veut faire valoir son droit en justice ne peut pas prendre d'autre voie que celle de l'assignation, par laquelle il appelle son adversaire. Il n'a le droit de s'adresser directement au tribunal, sans appeler personne en cause, qu'autant que sa demande n'implique pas de contradiction ou que la loi le permet formellement (1) et alors il s'adresse au tribunal ou au juge par voie de requête d'avoué. Mais ce cas est tout à fait exceptionnel (2).

L'ajournement est le premier acte, l'acte fondamental de l'instance. Quelles que soient les formes de la procédure d'un pays, il faut toujours un ajournement si l'on veut que les tribunaux rendent une bonne justice, et cet ajournement doit avoir pour objet de bien constater que le défendeur a été appelé pour qu'il ne soit pas condamné sans avoir connu le procès et avoir été mis en demeure d'y prendre part. Il serait intéressant de suivre l'étude de l'ajournement, de sa forme et de ses effets au travers des âges, mais nous devons ici nous en tenir à quelques notions indispensables pour faire connaître les précédents immédiats de la loi actuelle (3).

Pendant longtemps, l'ajournement se faisait de vive voix en présence de deux témoins ou recors qui accompagnaient le sergent ou l'huissier, afin de rendre témoignage *de visu et auditu* de l'accomplissement de la loi. Pendant longtemps aussi, le roturier fut assigné le matin pour comparaître le soir ou le soir pour comparaître le matin (4). On accordait, au contraire, un délai de quinze jours au noble ; il était cependant soumis à la loi vilaine pour les héritages en roture qu'il possédait, s'il y couchait et levait (5). Cette inégalité, qui nous choque aujourd'hui et qu'on acceptait autrefois, disparut d'assez bonne heure et le délai des ajournements fut pour tous de sept ou quinze jours francs, suivant que l'action était personnelle ou réelle ; il y avait, en outre, des jours de grâce dont le nombre variait suivant les pays. Le plus souvent les jours de grâce étaient fixés par le juge ; certaines coutumes pourtant contenaient des termes fixes, comme par exemple la coutume de Bretagne (art. 24).

Les ordonnances de nos rois essayèrent à plusieurs reprises de remplacer l'ajournement verbal par un ajournement écrit, mais les nombreux actes royaux sur ce point nous montrent qu'ils ne furent jamais rigoureusement appliqués. L'ordonnance de 1539 de Villers-Cotterets exige que les exploits soient rédigés par écrit. En 1563, l'ordonnance de Roussillon défend à ceux qui ne savent pas signer leur nom d'acheter des charges d'huissier. L'ordonnance de 1667 (tit. II, art. 14) prescrit à tous les huissiers qui ne savent ni

(1) Voy. art. 358, 457, 458, 467, 758, 767, 773, 812 C. civ. ; art. 745, 746, 858, 859, 885, 946, 954, 989, 997 C. pr. ; loi du 30 juin 1838, art. 32 et suiv., etc.

(2) Décret du 20 mars 1808, art. 54. Jugé que le remplacement par un séquestre du mandataire choisi par plusieurs cohéritiers ne peut se faire sur un jugement par requête ; tous les cohéritiers sont plus ou moins en cause. Lyon, 26 novembre 1881, S. 83, 2, 109.

(3) Voy. pour les temps antérieurs *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. I, p. 524 ; t. III, p. 390 et suiv. ; t. VI, p. 477 et suiv.

(4) Des Fontaines, *Conseil à un ami*, chap. 3.

(5) Beaumanoire, chap. 3 et 30.

lire ni écrire de se démettre de leurs charges dans les trois mois. Il n'en fallut pas moins, dans le ressort de Toulouse, un arrêt de règlement de 1711 pour y défendre les assignations verbales; un arrêt analogue fut rendu en 1724 par le conseil souverain d'Alsace. Enfin, jusqu'à la loi du 29 septembre 1791 sur l'administration forestière, il avait été permis aux gardes des forêts royales d'assigner de vive voix les personnes trouvées en délit ou fuyant devant eux, et sur un pareil rapport on condamnait. Ce procédé fait songer à la clameur de haro qui s'était maintenue en Normandie et n'a pas été abrogée à Jersey pour certains cas particuliers, notamment en matière de trouble possessoire : dans la clameur de haro, non seulement l'assignation est faite à cri public, en présence de témoins et avec certaines solennités, mais, en outre, c'est la partie elle-même et non un officier public qui procède à cet acte (1).

Il paraît qu'autrefois, dans la pratique, et même depuis l'ordonnance de 1667, la partie pouvait encore, quand elle n'avait pas pu trouver d'huissier, remettre elle-même l'exploit en France, et en toute matière, avec l'assistance de deux témoins qui signaient (2).

Quand on voulait assigner des gens sans domicile connu, des vagabonds, on le faisait par cris publics et à son de trompe sur le principal marché du lieu où siégeait le tribunal devant lequel l'assignation était donnée, et l'ordonnance de 1667 (tit. II, art. 9) confirma encore ce mode d'assignation. On disait alors autrefois que l'assignation était faite à la Bretèche, vieux mot désignant la place aux publications de la justice. Il était plus difficile et parfois même fort dangereux d'assigner les seigneurs possédant château fort, qui trop souvent se permettaient les outrages et les violences les plus graves contre les huissiers. Aussi admit-on dans la pratique que ceux-ci pourraient assigner les seigneurs châtelains dans l'un quelconque des immeubles de leurs forteresses en y attachant l'exploit au poteau de la barrière. Il faut croire que ce moyen fut lui-même insuffisant pour protéger les huissiers. Un édit de 1580, de Henri III, exigea de toute personne ayant seigneurie et maison forte qu'elle élût domicile dans la plus prochaine ville royale de sa résidence et c'est là qu'on lui signifiait les exploits. A défaut de cette élection de domicile, l'huissier pouvait remettre l'exploit au fermier, juge, procureur, greffier, seigneur et on considérait la signification comme faite à sa personne. Ce système fut encore consacré par l'ordonnance de 1667 (3).

Depuis que les exploits se rédigeaient par écrit, la présence des deux recors était devenue bien inutile. Aussi, l'ordonnance de 1667 la supprima d'une manière générale, mais elle maintint cependant les recors, précisément en matière d'ajournement (tit. II, art. 2). Toutefois, deux ans plus tard, ils furent supprimés même dans ce cas par un édit d'août 1669.

L'ordonnance de 1667 introduisit une dernière amélioration. Jusqu'alors, les huissiers et les sergents n'avaient le plus souvent pu assigner qu'avec la permission du juge. C'était une mesure purement fiscale ; aussi n'observait-on pas cette formalité devant les petites justices à cause de la modicité des

(1) Voy. l'étude spéciale que j'ai consacrée à la *clameur de haro*. Paris, 1883, 1 br. in 8°.
(2) Rodier, *Commentaire sur l'ordonnance de 1667*, tit. II, art. 2.
(3) Ordonnance de 1667, tit. II, art. 15.

procès de leur compétence. L'ordonnance de 1667 (tit. II, art. 10) supprima aussi les commissions d'huissier dans tous les sièges royaux inférieurs et ne les maintint que pour les cours et autres tribunaux jugeant en dernier ressort. Une déclaration de 1778 étendit cette suppression jusqu'aux présidiaux « afin de procurer un plus grand soulagement aux sujets du roi ».

Avant d'aborder le premier acte de l'instance et d'étudier ses formes, il est nécessaire de faire connaître les différentes espèces d'actes de procédure; ils se ramènent à quatre classes. La première comprend les exploits d'huissier et la seconde les actes d'avoué. Ce sont les deux classes les plus importantes. Les actes d'avoué prennent le nom d'actes du palais ou d'avoué à avoué, quand ils sont signifiés entre avoués par les huissiers audienciers, et, s'ils ne sont pas grossoyés, ils s'appellent plus spécialement simples actes d'avoué à avoué. Dans la troisième classe des actes de procédure, nous placerons les consultations; dans des cas très rares elles sont obligatoires (art. 467 C. civ. et 495 C. pr.) (1). Quand elles sont facultatives, on n'en use que dans les affaires importantes et délicates. Enfin, il faut mettre dans une quatrième classe certains actes non prévus ni interdits par la loi et introduits par la pratique pour faciliter le jeu de la procédure et l'expédition des affaires dans les tribunaux les plus occupés. Ce groupement n'a pas la prétention de comprendre tous les actes de la procédure. Il en est en effet qui échappent à toute classification, comme les billets d'avertissement, certains certificats délivrés par les greffiers.

## § 40. — Mentions prescrites dans les ajournements (art. 61, 64, 65, 67 C. pr.)

On distingue trois sortes d'exploits. Les uns servent à appeler une partie devant un tribunal : cette première classe comprend les diverses assignations, notamment l'ajournement devant le tribunal d'arrondissement, la citation devant un juge de paix, l'acte d'appel. Les autres ont pour objet d'adresser un ordre : tels sont les commandements, les significations, les sommations. Enfin ceux de la dernière classe servent à une exécution, procès-verbal de saisie, par exemple. Bien que l'article 61 soit fait spécialement pour les exploits d'ajournement, cependant on peut dire qu'il contient les règles générales communes à tous les exploits. La loi ne s'est pas bornée à réglementer minutieusement les différentes mentions des exploits : elle veut que ces formalités, sauf de rares exceptions, soient exactement remplies à peine de nullité, sans même distinguer entre les formalités principales et les formalités accessoires. Il est donc important d'étudier avec soin chacune d'elles et de rechercher dans quels cas précis la nullité sera encourue. Parmi ces formalités, il en est qui se rencontrent dans tous les exploits d'ajournement et même dans les autres exploits; d'autres sont prescrites seulement pour certaines assignations; ces deux premières classes de mentions sont déterminées par le Code de procédure. Enfin il est des formalités communes à tous les exploits, qui sont prévues et réglées par des lois spéciales.

(1) La consultation facultative n'est pas un acte de procédure et n'entre pas en taxe.

Commençons par les mentions qu'on retrouve dans tous les exploits d'assignation.

Tout acte d'ajournement doit contenir les formalités suivantes :

1° La date des jours, mois et an (art. 61 C. pr.). L'indication de l'heure n'est pas nécessaire, si ce n'est pas dans les cas exceptionnels où il est permis d'assigner d'heure à heure. Il serait cependant utile de connaître l'heure pour savoir si l'acte a été signifié à une heure légale, mais comme la loi a gardé le silence, on ne saurait évidemment prononcer la nullité de l'exploit pour défaut de cette indication, et dans le cas où une partie prétendrait que la signification a été faite en dehors des heures légales, elle pourrait administrer sa preuve par tous moyens, même par témoins et par simple présomption de l'homme. La loi n'exige pas la désignation du lieu où l'exploit a été rédigé ; elle résulte d'ailleurs de l'indication du domicile où la copie est remise lorsque l'assignation est faite à domicile. Mais si elle est remise à personne, l'huissier fera bien d'indiquer le lieu, sans d'ailleurs que l'omission de cette mention entraîne nullité, puisque la loi ne l'exige pas, et sauf le droit pour le défendeur de prouver que la signification a été faite par l'huissier, hors de son ressort, sans qu'il soit nécessaire de s'inscrire en faux.

La loi ne prescrit pas que la date des exploits soit mise en toutes lettres : elle l'impose, sans doute, pour les actes notariés (loi du 25 ventôse an XI, art. 13 ; voy. aussi art. 42 C. civ.), mais il n'est pas permis d'étendre une disposition exceptionnelle. Peu importe aussi la place de la date, la loi n'ayant pas prescrit à peine de nullité de suivre l'ordre dans lequel elle énumère ses mentions ; ainsi l'année serait omise au haut de l'acte où l'on n'aurait mentionné que le jour et le mois, et l'année serait placée en bas que l'exploit serait valable (1). D'un autre côté, toute erreur, omission ou imperfection dans l'énoncé de la date n'entraîne nullité de l'exploit qu'autant qu'elle peut laisser des doutes sur l'époque de la signification (2) ; ainsi on aurait mis 1801 au lieu de 1901 que l'erreur serait insignifiante et l'exploit serait valable. Autre exemple. L'exploit d'ajournement est ainsi daté : l'an mil huit cent vingt-neuf, le dix..... l'indication du mois manque ; mais plus bas on lit que l'assignation est donnée pour comparaître le vingt du présent mois de décembre : grâce à cette demi-mention, il n'y a plus doute sur la date de l'exploit. Lorsqu'un exploit, signifié le 5 juillet 1883, énonce qu'il s'agit d'une opposition à un jugement déclaratif de faillite rendu le 6 juin précédent et que l'opposant est dans les délais légaux pour former opposition, l'exploit ne peut être annulé par le motif qu'il porte la date de 1880 (3). En un mot, la date est complète et la loi est satisfaite, dès qu'on peut la constituer avec certitude au moyen d'indications prises dans l'exploit lui-même.

La date est utile sous de nombreux rapports : 1° elle fait connaître le point

(1) Civ. cass., 4 déc. 1861, D. P. 62, 1, 74 ; civ. cass., 29 août 1865, D. P. 65, 1, 329.

(2) Mais le défaut absolu de date entraîne la nullité de l'exploit. Req., 5 novembre 1890, D. P. 92, 1, 30 et la note ; Cass., 1er mars 1893, S. 93, 1, 143 ; req., 10 décembre 1895, D. P. 96, 1, 401.

(3) Pau, 4 février 1884, S. 86, 2, 205. Voy. les autres espèces dans : civ. cass., 29 août 1865, D. P. 65, 1, 329 ; req., 29 juillet 1875, D. P. 76, 1, 85 ; Riom, 13 mai 1889, D. P. 90, 2, 107. Voy. ma note sous D. P. 92, 1, 30.

de départ du délai de comparution; 2° elle marque l'époque de l'interruption de la prescription; 3° elle nous apprend si la prescription était ou non accomplie au jour où la demande a été formée en justice; 4° elle fait connaître le jour à partir duquel le débiteur a été mis en demeure, ce qui a par exemple mis les cas fortuits à sa charge (art. 1138, 1139, 1302 C. civ.); 5° la date fait savoir de quel jour ont commencé à courir les intérêts moratoires dans les cas où cet effet n'a pas été déjà produit par la citation en conciliation, ou par une simple sommation depuis la loi du 7 avril 1900, soit que l'affaire soit dispensée de la tentative de conciliation, soit que le demandeur ait laissé écouler plus d'un mois entre l'ajournement et la non-comparution ou la non-conciliation; 6° la date apprend aussi si l'ajournement a eu lieu dans le mois de la non-conciliation ou de la non-comparution en justice de paix; 7° elle fait connaître le jour à partir duquel le possesseur a été constitué de mauvaise foi, ce qui est fort important à plusieurs points de vue, notamment pour savoir s'il a droit aux fruits et ce qu'il peut prétendre à raison de ses constructions (art. 549, 550, 555 C. civ.); 8° enfin, la date apprend si l'ajournement a été fait à tort un jour de fête légale.

« 2° Les noms, profession et domicile du demandeur (art. 61 C. pr.). L'ordonnance de 1667 (tit. II, art. 2) enjoignait aux huissiers de déclarer dans leurs exploits la qualité du demandeur; le Code de procédure dit la profession. Il aurait mieux valu conserver l'expression de l'ordonnance; elle était plus générale et s'appliquait mieux à toutes les conditions de la vie sociale, car on ne dit pas la profession de rentier, de propriétaire. La loi exige les noms, c'est-à-dire le nom et les prénoms. Il faut aussi faire connaître la profession, si le demandeur en exerce une; dans le cas contraire, on remplace la profession par un équivalent, une qualité, comme, par exemple, rentier, propriétaire, mais la loi ne parlant pas de cette formalité, il n'y aurait pas nullité si le demandeur n'ayant aucune profession s'était borné à mettre les noms sans ajouter une qualité. Ces mentions relatives aux noms, à la profession ont pour objet de faire connaître d'une manière précise le demandeur au défendeur. Certains auteurs en ont conclu qu'une omission ou une erreur sur un de ces trois points doit entraîner nullité de l'ajournement. C'est suivre de trop près le texte de la loi et s'éloigner complètement de son esprit. Nous déciderons, au contraire, qu'une erreur ou une omission sur un de ces points est tout à fait indifférente, si les indications mises dans l'exploit suffisent pour qu'il n'y ait aucun doute sur l'identité du demandeur (1). L'assignation serait valable, par exemple, malgré l'omission des prénoms, si le nom seul suffisait pour faire connaître le demandeur. De même, si l'indication de la profession rendait toute confusion impossible, elle pourrait suffire sans les prénoms et noms. Tel serait le cas où l'ajournement porterait : à la requête du préfet de la Seine, du ministre des finances, du président du Sénat, etc. Certains auteurs se prononcent cependant d'une manière moins absolue. Ce n'est qu'autant que l'assignation est donnée au nom d'un fonctionnaire public agissant en cette qualité, d'un préfet agissant dans l'intérêt de l'État, d'un maire agissant dans l'intérêt de la commune,

(1) Req., 24 mai 1879, D. P. 79, 1, 273; Riom, 20 mai 1886, D. P. 87, 2, 26

que l'indication de la qualité de fonctionnaire suffit; elle serait insuffisante pour un procès dans lequel ce fonctionnaire serait intéressé en son nom personnel. Cette distinction est contraire à l'esprit de la loi et il vaut mieux décider, dans le second cas, que l'ajournement est valable, parce que l'identité du demandeur n'est pas douteuse. Parfois, la désignation du demandeur est incomplète dans la partie de l'exploit qui lui est consacrée; mais l'omission de l'exploit est réparée dans une autre partie; cela suffit pour que l'exploit soit encore valable. Ainsi l'huissier a mis d'abord : à la requête de .... marchand domicilié à Paris. Les noms sont restés en blanc; mais on lit ensuite que l'assignation est donnée au défendeur pour obtenir condamnation d'une certaine somme « au profit de Pierre Giraud demandeur »; le blanc est rempli plus bas et l'exploit est valable. L'exploit serait encore régulier si le demandeur, au lieu d'y figurer en son nom véritable, y était désigné par un nom de terre ou par un sobriquet sous lequel il serait généralement connu. Lorsque la demanderesse est une femme divorcée, elle doit figurer dans l'ajournement avec le nom que lui attribue le jugement de divorce. Ce jugement peut lui interdire de porter le nom de son mari ou l'autoriser à ne pas le porter. La même règle s'applique à la femme séparée de corps (loi du 6 février 1893, art. 3 qui forme le nouvel art. 311 C. civ.).

Quand le procès est intenté par une société en nom collectif ou en commandite, cette société demanderesse est désignée par la raison sociale qui est son nom; il est arbitraire d'exiger en outre que l'exploit contienne l'indication des associés en nom (1). Si le procès est fait par une société anonyme on indiquera le demandeur, c'est-à-dire la société, par la désignation de l'objet de son entreprise (2). Quant à l'association en participation, comme elle n'existe pas au regard des tiers, ce n'est pas elle qui intente le procès, et il faut faire figurer dans l'exploit les noms des différents participants qui sont les véritables demandeurs. Si le procès concerne une société civile, on la désigne par son nom, lorsqu'elle jouit de la personnalité juridique; dans le cas contraire, ce sont tous les associés qui sont demandeurs et doivent figurer dans l'ajournement. Il a été longtemps admis sans difficulté sérieuse, en doctrine et en jurisprudence, que les sociétés civiles ne jouissent pas de la personnalité juridique. Mais, dans ces dernières années, la Cour de cassation s'est arrêtée à la solution contraire. Il n'en est pas moins vrai que des auteurs très récents tiennent encore pour l'ancienne doctrine. Parmi eux, il en est qui, tout en refusant la personnalité juridique à la société civile, permettent cependant de ne mettre dans l'ajournement que le nom de son directeur, tandis que d'autres décident avec plus de raison qu'il faut insérer les noms de tous les associés demandeurs, à cause de la règle : « Nul en France ne plaide par procureur » que nous allons bientôt rencontrer (3).

Quant à l'indication du domicile, elle est aussi exigée à peine de nullité; mais si, malgré l'erreur ou l'omission, elle peut être connue par une autre indication de l'exploit, celui-ci est valable. Cette indication se réfère au

(1) Civ. cass., 15 janvier 1896, D. P. 96, 1, 523.
(2) En pratique, on ajoute le nom du directeur ou de l'administrateur qui a qualité pour représenter en justice d'après les statuts.
(3) *Contra* req., 23 février 1891, D. P., 91, 1, 337.

domicile réel et non au domicile élu, et la mention de ce domicile élu doit être assez claire pour qu'aucune erreur ne soit possible sur le lieu précis du domicile. Dans une grande ville, l'indication que le demandeur est domicilié dans cette ville, à Paris par exemple, est insuffisante pour faire connaître le domicile du demandeur (1), mais dans une petite commune l'indication de cette commune suffit. La mention de la demeure serait insuffisante, si le demandeur avait son domicile ailleurs ; il en serait autrement si la demeure était au même endroit que le domicile. Lorsque le demandeur est une personne qui, à raison de ses fonctions, a un domicile légal, comme un juge par exemple, l'indication même du lieu où le demandeur exerce ses fonctions fait connaître le domicile.

Quand on intente un procès comme mandataire, il est indifférent qu'on mette dans l'exploit le nom du mandataire avant celui du mandant, ou le nom du mandant avant celui du mandataire (ainsi à la requête de Pierre comme mandataire de Paul, ou à la requête de Paul aux poursuites diligentes de Pierre). C'est ici le lieu d'exposer le sens d'une vieille maxime de notre ancienne procédure, encore aujourd'hui observée et même consacrée tout au moins d'une manière indirecte par plusieurs textes de loi. Il s'agit de la règle bien connue : « Nul en France ne plaide par procureur, si ce n'est le roi. » Cette règle ne concerne pas seulement l'indication du demandeur dans l'ajournement; elle est d'une application beaucoup plus large; elle concerne le défendeur aussi bien que le demandeur et s'applique à tous les actes de la procédure ainsi qu'aux jugements. Pendant fort longtemps, elle fut prise au pied de la lettre et signifiait, au moyen âge qui avait emprunté cet usage à l'époque franque, qu'il fallait venir en personne en justice, et qu'on ne pouvait pas s'y faire représenter par un mandataire. Nous sommes loin aujourd'hui de ce sens primitif, puisqu'au contraire, en matière civile, devant les tribunaux d'arrondissement ou les cours d'appel, il faut aujourd'hui se faire représenter par un avoué, c'est-à-dire par un procureur. Suivant un usage très commun, la formule s'est maintenue depuis des siècles, tout en changeant de sens à plusieurs reprises (2). De très bonne heure on a dit, au moyen âge, que certaines personnes pourraient plaider par procureur. Puis on reconnut ce droit à tous, mais avec cette particularité, pour le demandeur, qu'il devait avoir obtenu des lettres de grâce, à moins qu'il ne fût une personne privilégiée, comme un officier royal, un évêque, un abbé. Ces lettres de grâce se maintinrent longtemps à cause des revenus qu'elles procuraient au fisc. Lorsque leur usage fut devenu très général, certains seigneurs féodaux essayèrent d'en profiter pour effacer une des marques de leur infériorité vis-à-vis du roi. Au lieu de figurer en nom dans les actes de procédure et de demander personnellement justice au roi, ils supprimèrent leur nom et le remplacèrent par celui de leur mandataire. On sait que certains grands feudataires, comme le duc de Bourgogne, avaient, au parlement de Paris, des procureurs permanents pour toutes les affaires qui les

(1) Paris, 22 février 1870, D. P. 71, 2, 164; trib. de la Seine, 9 décembre 1886, dans le journal *la Loi* du 19 avril 1887.

(2) Voy. sur l'histoire de cette maxime ce que j'ai dit dans l'*Histoire du droit et des institutions de la France*, t. VI, p. 364 où se trouvent les indications bibliographiques.

intéressaient à la Cour du roi. Cette pratique déplut aux magistrats royaux, et ils exigèrent que tout plaideur, même s'il se faisait représenter par un procureur, figurât en nom dans les actes de la procédure et dans les jugements.

Ce fut le second sens de la règle : « Nul en France ne plaide par procureur, si ce n'est le roi. » Celui-ci n'avait pas en effet à demander la justice puisqu'il en était la source même. Ce privilège fut étendu à la reine en 1549 et déjà, auparavant, on avait admis sans difficulté par analogie que les seigneurs pouvaient, devant leur propre justice, plaider par procureur, c'est-à-dire sans figurer en nom dans les actes de procédure ou dans les jugements. Partout ailleurs, tout seigneur, quelque haut placé qu'il fût, devait, comme tout autre particulier, s'il constituait mandataire, laisser mettre son nom à côté de celui de ce mandataire. Certains praticiens imaginèrent de placer en première ligne le nom du procureur et de mettre à la suite seulement celui du seigneur, comme pour affecter encore de laisser demander la justice par le procureur et de ne pas s'en occuper personnellement. Les magistrats, toujours soucieux de la prérogative royale, exigèrent que le nom du seigneur précédât celui du procureur.

Ces principes, sauf le dernier, se sont maintenus en partie dans notre droit et il serait assez difficile de dire pour quels motifs. Il est nécessaire de bien s'entendre sur le sens actuel de la maxime. Lorsqu'on la rappelle, on n'a pas en vue l'avoué, qui est le mandataire ordinaire et obligatoire de tout plaideur en justice civile devant les tribunaux d'arrondissement et les cours d'appel. Si l'on se plaçait à ce point de vue, il faudrait renverser la règle et dire que chacun plaide par procureur. On a en vue le cas où une ou plusieurs personnes, voulant se décharger des soins d'un procès, le confient à un mandataire ordinaire ; c'est celui-ci qui choisira l'avoué, qui s'entendra avec cet avoué sur toutes les mesures à prendre. Le plaideur aura ainsi deux mandataires dans l'affaire, un mandataire ordinaire et un avoué. En vertu de la règle : « Nul en France ne plaide par procureur », le nom du mandant devra figurer à côté de celui du mandataire. Mais il va sans dire qu'il importe peu aujourd'hui que le nom du mandant soit inscrit le premier ou le second dans les actes de procédure et dans les jugements (1).

La maxime : « Nul ne plaide par procureur » n'est pas directement consacrée par le Code de procédure, mais elle résulte indirectement d'un certain nombre de textes, notamment de l'article 61 du Code de procédure qui exige le nom du demandeur et celui du défendeur. Or cette disposition a été reproduite de l'article 2 du titre II de l'ordonnance de 1667 et c'est de cet article qu'on déduisait déjà autrefois la maxime (2). De même, la loi du 8 novembre 1814 sur la dotation de la couronne porte que « le ministre de la maison du roi, ou l'intendant par lui commis, exerce les actions judiciaires du roi et c'est contre lui que toutes les actions à la charge du roi sont intentées et les jugements prononcés » (art. 14). C'est le rappel de l'exception anciennement consacrée au profit du roi, et ce rappel aurait été évidemment inutile si la règle n'avait plus été en vigueur. On peut encore relever d'autres textes qui

(1) Voy. sur la maxime : « Nul en France ne plaide par procureur », un article de Naquet dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. IV, p. 683.

(2) Voy. par exemple ce que dit Jousse sous cet article.

apportent ou croient apporter des dérogations à la maxime, mais qui prouvent tout au moins que cette maxime est encore obligatoire dans notre droit. La loi du 21 mai 1865 porte que les associations syndicales, libres ou autorisées peuvent « ester en justice » par leurs syndics (art. 3). Il a été aussi formellement dit dans les travaux préparatoires de la loi du 24 juillet 1867 que l'article 17 de cette loi déroge à la règle que nul en France ne plaide par procureur. Cet article 17 décide que des actionnaires représentant le vingtième au moins du capital social peuvent, dans un intérêt commun, charger à leurs frais un ou plusieurs mandataires de soutenir, tant en demandant qu'en défendant, une action contre les gérants ou contre les membres du conseil de surveillance et de les représenter en justice. On a contesté, à tort selon nous, qu'il y ait là une dérogation à la maxime : « Nul en France ne plaide par procureur »; mais ce qui est certain, c'est que le législateur, en édictant cet article 17, a reconnu que cette maxime est encore de droit commun et que, pour s'en écarter, il faut un texte formel dans la loi (1). La maxime est donc consacrée par des textes qui la supposent et non pas seulement par l'usage, comme on l'a dit à tort (2). Il importe d'en bien comprendre le sens et la portée.

Et d'abord, il résulte de ce qui précède qu'elle n'a pas pour objet de retirer à un plaideur le droit de confier à un mandataire la charge du procès. Une personne peut aussi se porter gérant d'affaires d'une autre dans un procès, seulement l'adversaire n'est pas tenu de plaider contre un gérant d'affaires, parce que celui-ci ne lui donne aucune garantie, tout ce qu'il fait étant soumis à la ratification du géré. Mais qu'il y ait mandat ou gestion d'affaires, il faut toujours mettre dans les actes et jugements le nom du véritable plaideur. Ce qui est interdit, c'est de faire disparaître le nom du mandant, de sorte que le mandataire plaiderait comme si le procès le concernait personnellement, et, notamment, une partie ne peut pas plaider sous le couvert d'un prête-nom. Lorsque plusieurs personnes ayant un intérêt commun, par exemple les membres d'une société civile qui ne jouit pas de la personnalité juridique, ou encore ceux d'une association qui n'a même pas le caractère d'une société civile, comme les membres d'un cercle, plaident par l'intermédiaire d'un mandataire, il faut néanmoins que toutes ces personnes figurent en nom dans les actes de la procédure et dans les jugements, ce qui est fort incommode et peut devenir la cause de frais énormes (3). Les membres d'une congrégation non autorisée doivent aussi figurer en nom dans les actes de la procédure et on ne peut pas les considérer comme des prête-noms de la congrégation, précisément parce que celle-ci n'a pas d'existence légale (4).

(1) L'article 69, n° 4, du Code de procédure suppose aussi que le roi peut être actionné en la personne de son procureur.

(2) Cpr. civ. cass., 19 février 1884, S. 86, 1, 69 ; Cass., 28 décembre 1886, S. 90, 1, 157.

(3) Aix, 2 mai 1871, S. 71, 2, 261 ; req., 29 juillet 1874, S. 75, 1, 48 ; req., 26 avril 1876, S. 77, 1, 155 ; rej., 13 février 1878, S. 79, 1, 293 ; civ. cass., 7 décembre 1880, S. 81, 2, 244 ; civ. cass., 14 décembre 1886, S. 88, 1, 63 ; Rouen, 18 novembre 1897, *France judiciaire*, 1898, p. 210 ; Paris, 1er décembre 1898, *France judiciaire*, 1899, p. 101. Il y a souvent une certaine incohérence entre ces différents arrêts.

(4) Voy. sur cette question, Paris, 21 février 1879, S. 80, 2, 177 ; civ. cass., 25 mai 1887, D. P. 87, 1, 289 et S, 88, 1, 161.

Le principe posé par notre maxime comporte un certain nombre d'exceptions, indépendamment de celles qui ont déjà été exposées. Autrefois, la plus remarquable était consacrée au profit du roi et même au profit des seigneurs, mais seulement dans leurs justices personnelles. On ne saurait étendre aujourd'hui cette exception au profit du Président de la République, qui n'est que le premier magistrat de la France. La justice ne se rend pas en son nom, comme autrefois au nom du roi, mais au nom du peuple dépositaire de la souveraineté. On admet aussi exception pour les mandataires légaux, tels que les tuteurs qui plaident pour leurs pupilles et dont il n'est pas nécessaire de mettre le nom dans les actes judiciaires. La jurisprudence étend cette solution aux mandataires judiciaires (1). Mais cette seconde exception est plus apparente que réelle ou n'existe tout au moins que partiellement, en ce sens que si le représenté ne figure pas en nom dans les actes, cependant le représentant indique sa qualité de mandataire légal ou judiciaire et les jugements ne sont pas exécutoires contre lui.

Le commissionnaire en matière commerciale peut ester en justice en son nom personnel, sans faire connaître le commettant, par application du régime propre à ce mandat. La jurisprudence décide aussi que la maxime ne s'applique pas en matière maritime; c'est la tradition de l'ancien droit, mais elle n'est consacrée par aucun texte (2). En matière de garantie formelle, c'est-à-dire de droit réel, nous verrons que le garanti peut exiger du garant qu'il prenne son fait et cause, c'est-à-dire qu'il prenne sa place au procès qui le menace d'éviction. Désormais, le garant représentera le garanti comme mandataire dans ce procès et le nom du garant figurera seul dans les actes de procédure et dans le jugement, bien que celui-ci soit exécutoire contre le garanti. C'est encore là une dérogation, et la plus remarquable, à la règle que nul en France ne plaide par procureur.

De ce qu'il est défendu de plaider par procureur, il résulte qu'il y aurait nullité : si l'on avait omis, par exemple, dans l'ajournement, le nom du mandant et si le mandataire s'était présenté comme plaidant en son nom personnel (3); si le véritable plaideur avait pris un prête-nom qui se serait présenté comme titulaire de droit (4); de même, si plusieurs personnes ayant le même intérêt, par exemple les membres d'une société civile, d'un cercle, d'une association, ne figuraient pas en nom dans la procédure où leur mandataire commun serait seul mentionné (5).

Mais quelle est la nature de la nullité ? On a dit parfois qu'elle était encore aujourd'hui, comme dans notre ancienne France, d'ordre public; cette opinion n'est pas admissible, car les raisons politiques qui l'avaient fait, non

(1) Civ. cass., 19 février 1884, S. 86, 1, 69.
(2) Req., 13 novembre 1895, D. P. 96, 1, 234.
(3) Civ. cass., 1887, S. 90, 1. 337.
(4) La jurisprudence admet cependant que l'exercice d'un droit par prête-nom n'est pas interdit,; Cass., 28 juillet 1869, S. 69, 1. 427; Cass., 5 avril 1880, S. 81, 1, 3 Toulouse, 3 décembre 1889, D. P. 90, 2, 185, sauf restriction dans le cas où le prête-nom n'existerait en fait que pour faire échec aux droits des tiers. Voy. cependant Cour de justice du Luxembourg, 3 juillet 1891, D. P. 93, 2, 373.
(5) Cass., 26 mars 1878, S. 79, 1, 22 et l'important rapport de M. le conseiller Demangeat sur l'application en jurisprudence de la règle : « Nul ne plaide par procureur. »

pas établir, mais conserver ne sont plus qu'un souvenir historique. En réalité, lorsqu'on viole la règle : « Nul en France ne plaide par procureur », on commet deux nullités. La première tient à un vice de forme résultant de ce que l'acte de procédure, par exemple l'ajournement, ne contient pas le nom de la véritable partie. Cette nullité de forme est de pur intérêt privé ; elle doit être proposée sous forme d'exception de nullité, et, si elle est contenue dans l'ajournement, le défendeur est tenu de la faire valoir avant les exceptions dilatoires et, par conséquent, avant de plaider sur le fond ; mais il ne saurait la proposer en tout état de cause et elle ne peut pas l'être par le ministère public ni être soulevée d'office par le tribunal, précisément parce qu'il ne s'agit pas d'un moyen d'ordre public (1).

Indépendamment de cette nullité pour vice de forme, il en existe une autre fondée sur l'incapacité de celui qui a été substitué au véritable plaideur. La règle : « Nul en France ne plaide par procureur » s'oppose en effet à ce qu'une personne puisse donner mandat valable à une autre de prendre sa place et si cependant le fait s'est produit, le mandataire est incapable, par cela même qu'il a accepté un mandat nul ; il n'a pas qualité pour plaider au procès et l'adversaire peut, suivant le droit commun, opposer cette fin de non recevoir en tout état de cause, même pour la première fois en cour d'appel ; seulement, comme l'ordre public n'est pas intéressé, lui seul (2) peut faire valoir ce défaut de qualité (3).

On voit, par ce qui précède, qu'il n'y a aucune raison pour maintenir encore aujourd'hui cette ancienne maxime. Il y aurait, au contraire, avantage à la supprimer : on donnerait par là le moyen, aux personnes parfois nombreuses qui ont un intérêt commun, de se faire représenter par un seul mandataire sans les obliger à figurer en nom, ce qui dans bien des cas produirait une diminution des frais (4). La règle qu'on ne peut pas plaider par procureur n'a plus d'importance qu'au point de vue fiscal. S'il était permis de plaider par procureur, plusieurs personnes ayant le même intérêt pourraient constituer un seul mandataire sans figurer en nom dans la procédure ; elles éviteraient ainsi, en partie, des droits fixes d'enregistrement qui seraient payés une seule fois au lieu de l'être autant de fois qu'il y a de mandants. Mais la question n'a pas d'intérêt lorsqu'il s'agit des droits proportionnels, parce que ces droits se perçoivent non d'après le nombre des personnes, mais d'après la valeur de l'objet. De même, actuellement, lorsque plusieurs mandants ont constitué un seul mandataire, ce sont cependant eux-mêmes qui succombent

(1) Bastia, 27 décembre 1875, D. P. 76, 2, 203 ; civ. cass., 24 novembre 1875, S. 76, 1, 156 ; civ. cass., 9 mai 1876, S. 76, 1, 265 ; req., 26 mars 1878, S. 79, 1, 17 ; civ. cass., 19 novembre 1879, S. 80, 1, 56 ; civ. cass., 19 février 1884, S. 86, 1, 69.

(2) Paris, 29 janvier 1880, S. 81, 2, 192.

(3) De ce que le moyen n'est pas d'ordre public, on en tire cette conséquence qu'une partie peut valablement renoncer par convention à se prévaloir de cette règle et que cette convention est licite. req., 27 janvier 1890, D. P. 90, 1, 148 ; Paris, 10 novembre 1894, D. P. 95, 2, 18 ; req., 13 novembre 1895, D. P. 96, 1, 234.

(4) Le projet de réforme du Code de procédure maintient la vieille maxime pour le cas où il n'existe que deux plaideurs au procès ; mais dès qu'il y a pluralité de demandeurs ou de défendeurs, on leur permet de prendre un seul mandataire sans les contraindre à figurer en nom dans la procédure.

et il faut faire à chacun d'eux une signification du jugement, tandis qu'une seule signification suffirait si le mandataire pouvait prendre l'affaire pour son compte personnel.

En faveur du maintien de la vieille maxime, on a dit parfois qu'elle offre l'avantage d'empêcher un plaideur de se dissimuler derrière une autre personne contre laquelle l'adversaire n'aurait pas le droit d'invoquer certains moyens qu'il pourrait faire valoir contre la véritable partie en cause. Mais ceux qui ont proposé cette explication n'ont pas pu la justifier par des exemples vraiment probants.

On remarquera que la maxime: « Nul en France ne plaide par procureur » déroge au droit commun du mandat qui, ordinairement, peut fonctionner de trois manières différentes : tantôt le mandataire fait connaître le mandant et alors c'est celui-ci qui est créancier ou débiteur de la personne avec laquelle le mandataire a traité (art. 1984 C. civ.); tantôt le mandataire ne fait pas connaître sa qualité, agit comme si l'affaire le concernait personnellement et, dans ce cas, c'est lui qui devient créancier ou débiteur de la personne avec laquelle il a contracté (art. 1997 C. civ.); enfin le mandataire peut traiter sans faire connaître le mandant au moment même où il passe le contrat, mais en se réservant de le faire connaître dans un certain délai, ce qu'on appelle la déclaration de command. Notre maxime rend impossibles la seconde et la troisième de ces combinaisons.

3° Constitution d'avoué qui occupera pour le demandeur et chez lequel l'élection de domicile sera de droit, à moins d'une élection contraire par le même exploit (art. 61 C. pr.). Cette indication est essentielle, autrement le défendeur ne saurait pas à qui il doit faire signifier la constitution de son avoué. L'avoué doit être désigné de telle sorte qu'il n'y ait aucun doute; mais il est clair qu'il ne sera pas toujours nécessaire d'indiquer son nom et qu'il suffira de le désigner par une qualité qui lui est propre, par exemple celle de président, syndic, rapporteur, trésorier, secrétaire de la chambre, doyen des avoués. Il suffit que l'identité de l'avoué ne soit pas douteuse, mais il faut qu'elle résulte de l'ajournement, car cet acte doit se suffire à lui-même (1).

Lorsqu'on constitue un avoué par l'indication de sa qualité, on a évidemment en vue l'avoué à qui appartient cette qualité au moment de l'ajournement et peu importe qu'il la perde dans la suite. Quand l'avoué constitué a au moment de l'exploit cessé d'exercer ses fonctions, d'après la rigueur du droit l'exploit est nul, puisqu'en réalité il ne contient pas constitution d'avoué. Mais la jurisprudence préfère une solution d'équité : l'exploit est nul si la cessation des fonctions de l'avoué, par la mort ou par toute autre cause, remonte à une époque déjà éloignée et pouvait être facilement connue du demandeur. Dans le cas contraire, l'exploit est maintenu, à charge par le demandeur de faire connaître ultérieurement l'avoué qui occupera pour lui (2). Pour éviter toute espèce d'ennui de ce genre, on agira sagement en constituant subsidiairement l'avoué le plus ancien du tribunal ou de la cour,

(1) Req., 5 juillet 1881, S. 83, 1, 368.
(2) Civ. cass., 16 mai 1836, D. P. 36, 1, 369; Toulouse, 28 juin 1884, S. 86, 2, 20.

ou le successeur de l'avoué décédé, ou l'avoué qui devra être chargé d'administrer l'étude.

La constitution d'avoué est valable, même si l'avoué refuse ensuite d'accepter le mandat et il occupe pour le client tant qu'il n'a pas été remplacé (1). Il est admis qu'un avoué n'est pas obligé, dans les affaires qui l'intéressent personnellement, de constituer un autre avoué.

Quand on constitue avoué, à moins de déclaration contraire, on élit par cela même et de plein droit domicile chez cet avoué. Mais la réciproque n'est pas vraie et la simple élection de domicile ne peut pas suppléer à la constitution d'avoué (2). L'élection de domicile pourrait être faite ailleurs que chez l'avoué, mais alors elle devrait être formelle et on se demande quel pourrait être en pareil cas l'effet de cette élection de domicile, car il est bien certain que quoique le domicile ait été élu ailleurs que chez cet avoué, tous les actes de procédure devront cependant être signifiés à cet avoué, autrement il ne pourrait pas diriger la procédure. Cependant, l'élection de domicile ailleurs que chez l'avoué peut produire l'effet suivant : elle retire à l'avoué qualité pour recevoir signification des demandes reconventionnelles du défendeur. Ces demandes doivent être signifiées à la personne chez laquelle le domicile a été élu.

4° Noms, demeure et immatricule de l'huissier. On entend par immatricule l'inscription du nom de l'huissier au tableau de la corporation des huissiers du tribunal et dans le ressort duquel il a le droit d'instrumenter. Cette indication a pour objet de prouver au défendeur que l'huissier était compétent pour signifier l'exploit. L'indication de la demeure ne saurait remplacer l'immatricule ni réciproquement ; la loi exige ces deux mentions à peine de nullité (3) et c'est qu'en effet l'huissier peut avoir son domicile ailleurs qu'au lieu où il est immatriculé. Mais la désignation de l'immatricule est suffisamment faite par cela seul que l'huissier s'est déclaré tel près tel tribunal : le mot immatricule n'est pas sacramentel. Il y a plus : la mention de l'immatricule, si elle ne peut être supprimée, peut être remplacée par un équivalent (4). Ainsi, quand un huissier est audiencier, il suffit qu'il indique cette qualité, parce qu'elle suppose nécessairement sa demeure et son immatricule dans le lieu où siège le tribunal ou la cour. Il est aussi de jurisprudence constante que si le nom de l'huissier a été omis dans cette partie de l'exploit, il n'y a cependant pas nullité, pourvu qu'il se trouve dans une autre partie de l'acte ; on déclare même la signature suffisante, à la condition qu'elle soit lisible (5). Mais l'exploit serait au contraire nul s'il était signé par un huissier autre que celui dont le nom est indiqué dans l'immatricule (6).

5° Noms et demeure du défendeur. La loi n'exige pas l'indication de la pro-

(1) Trib. de Tunis, 21 mars 1889, journal *la Loi* du 10 mai 1889.
(2) Civ. cass., 1er juillet 1878, S. 78, 1, 420.
(3) Paris, 11 janvier 1895, D. P. 95, 2, 489 et ma note.
(4) Riom, 30 décembre 1890, D. P. 92, 2, 227.
(5) Agen, 23 mai 1873, S. 74, 2, 11 ; Bastia, 7 juillet 1874, S. 75, 1, 173 ; Cass., 25 mars 1891, S. 91, 1, 245.
(6) Civ. cass., 21 juillet 1885, S. 86, 2, 321.

fession du défendeur comme pour le demandeur. La raison en est que le demandeur peut ignorer la profession du défendeur, tandis qu'il connaît toujours nécessairement sa propre profession. De même, le demandeur peut ignorer les prénoms du défendeur et alors cette omission des prénoms est aussi sans conséquence, en admettant, d'ailleurs, qu'aucun doute ne soit possible sur la personne du défendeur. Si le défendeur est une société de commerce ou un établissement public, il suffit d'indiquer la raison sociale ou la désignation de la société ou le nom de l'établissement. Mais si on plaide contre les membres d'une société civile, comme ils sont tous défendeurs, il faut aussi les mentionner tous dans l'exploit (1).

La loi n'exige pas qu'on fasse connaître le domicile du défendeur, parce que le demandeur peut l'ignorer ; il suffit d'indiquer sa demeure. Sans doute, on assigne le défendeur à son domicile, mais à la condition que ce domicile soit connu ; dans le cas contraire, la résidence tient lieu de domicile.

Lorsque le défendeur est assigné à un domicile élu, cette circonstance ne dispense pas le demandeur d'indiquer la demeure du défendeur (2). L'ajournement doit-il être signifié à des héritiers qu'il n'est pas encore possible de connaître, quoique la succession soit déjà ouverte, une désignation collective de ces héritiers assignés avant le partage au domicile du défunt est tout à fait suffisante ; on ne saurait imposer une désignation individuelle qui le plus souvent serait encore impossible (arg. art. 447 C. pr.) (3).

6° Mention de la personne à laquelle copie est laissée de l'exploit. Tout exploit est rédigé en deux doubles : l'un, appelé original ou rapport, reste entre les mains du demandeur et d'une manière plus générale de celui qui fait faire la signification ; l'autre, appelé copie, est destiné au défendeur.

L'original de l'ajournement doit énoncer, ainsi que la copie, qu'il en a été laissé copie pour la partie assignée et ces deux actes contiennent aussi le nom de la personne à laquelle la copie a été remise. Ces deux énonciations sont distinctes et l'une ne saurait tenir lieu de l'autre. Mais, suivant un principe bien connu de notre droit, aucune formule sacramentelle n'est prescrite pour ces mentions. C'est au tribunal à apprécier si la formule est suffisante (4). Lorsque l'huissier dit qu'il a signifié un acte, cette expression peut être considérée comme synonyme de remettre une copie (5). Il faut autant de copies qu'il y a de personnes assignées. Si c'est un tuteur qui représente plusieurs pupilles, une seule copie suffit, car le tuteur figurera pour eux tous dans le procès. Mais si le défendeur est pourvu d'un conseil judiciaire, comme il plaidera lui-même, assisté de ce conseil, deux copies sont nécessaires. De même, si le défendeur est un mineur émancipé, il faut deux copies, une pour le mineur et une pour le curateur. Cela est d'autant moins douteux que le mineur et le pourvu d'un conseil judiciaire peuvent avoir des domiciles

(1) Nancy, 18 mai 1872, S. 72, 2, 197 ; *contra* Aix, 22 mai 1850, D. P. 50, 2, 181.
(2) Aix, 14 juin 1844, S. 49, 2, 415.
(3) Civ. cass., 3 décembre 1873, S. 74, 1, 156.
(4) Civ. cass., 24 novembre 1852, D. P. 52, 1, 320.
(5) Cette interprétation cesse d'être admissible lorsque l'huissier n'a pas signifié un acte, mais fait savoir que le requérant forme opposition ou assigne en référé au cours d'une procédure d'exécution, par exemple. Cass., 8 décembre 1868, D. P. 69, 1, 24.

distincts de ceux du curateur ou du conseil. La solidarité de plusieurs débiteurs n'empêche pas qu'il faille autant de copies qu'il y a de personnes assignées. Quand le procès concerne la communauté entre époux, comme le mari a seul qualité pour plaider, une seule copie suffit, même dans le cas où on croit nécessaire, bien à tort d'ailleurs, de faire figurer la femme en son nom personnel. Au contraire, la remise de deux copies est indispensable quand il s'agit de biens dont la femme a l'administration et la jouissance, parce que, dans ce cas, le mari n'est assigné que pour autoriser sa femme ; c'est ce qui a lieu sous le régime de séparation de biens ou pour les biens paraphernaux sous le régime dotal. Sous le régime d'exclusion de communauté, où le mari a la jouissance des biens de sa femme et sous le régime de communauté, où la communauté a la jouissance des propres de la femme, il faut mettre les deux époux en cause si l'on veut que le jugement leur soit opposable à tous deux, au mari en son nom ou du chef de la communauté pour l'usufruit, à la femme du chef de la nue propriété; deux copies sont donc encore nécessaires, mais on sait qu'aujourd'hui la femme séparée de corps plaide valablement seule sans autorisation et qu'il n'y a plus lieu de mettre en cause son mari.

La copie vaut original pour le défendeur. Il faut donc que l'original et la copie soient l'un et l'autre valables et la nullité d'un de ces deux actes ne serait pas couverte par la validité de l'autre. De même, il faut aussi que ces deux actes soient identiques. S'il existait entre eux une différence, tous deux seraient, par cela même, nuls (1).

Comme l'huissier ne peut pas savoir, au moment où il rédige l'ajournement dans son étude, à qui l'acte sera par lui remis, il a soin de laisser en blanc sur l'original et sur la copie ce qu'on appelle *le parlant à*, pour ne remplir ce blanc qu'au moment où il fait sa signification.

Depuis longtemps, on se plaignait de ce que dans le cas où l'exploit n'est pas remis à la personne même du défendeur mais à un tiers, par exemple à un parent, à un voisin, à un domestique, au concierge, il en résultait souvent de graves indiscrétions et parfois même du scandale. Aussi, une loi récente du 15 février 1899 a introduit une innovation très heureuse, mais qui demanderait cependant quelques améliorations dans les détails de son application. Aux termes de cette loi, toutes les fois que la copie est remise à une personne autre que la partie elle-même (ou le procureur de la République), l'huissier, après avoir mentionné, sur l'original et sur la copie, le nom de la personne à laquelle il a fait la signification, doit placer la copie sous enveloppe fermée ne portant d'autre indication au recto que le nom et la demeure de la partie et au verso le cachet de l'étude de l'huissier apposée sur la fermeture du pli. Avant de fermer le pli, il doit mentionner, tant sur l'original que sur la copie, que celle-ci est remise sous pli cacheté et que l'enveloppe ne contient que les mentions prescrites par la loi du 15 février 1899. Toutes ces formalités sont exigées à peine de nullité et c'est ce qui aurait lieu, notamment, si l'enveloppe avait été supprimée, si elle renfermait des mentions autres que celles

(1) Req. 20 février 1878, S. 78, 1, 366; req., 5 mai 1879, S. 79, 1, 313; Besançon, 23 février 1880, S. 82, 2, 9; Poitiers, 16 février 1881, S. 81, 2, 183; civ. cass., 13 février 1884, S. 86, 1, 25; req., 10 juin 1885, S. 86, 1, 70.

prescrites par la loi, si l'original ou la copie ne constatait pas l'observation de la loi (1),

7° Objet de la demande et exposé sommaire des moyens. On désigne cette formalité sous le nom de libellé de l'exploit. Dans notre ancien droit, comme chez les Romains, on ajourna longtemps le défendeur sans lui faire connaître en même temps l'objet du litige; il n'en avait connaissance qu'au moment de la comparution. Ce procédé était une cause de retards considérables : il n'était pas possible de commencer de suite l'instruction de l'affaire, puisque le défendeur n'était pas au courant de l'objet du litige.

L'ordonnance de 1539 réunit l'assignation et le libellé, et c'est à partir de cette époque qu'on dit exploit libellé. Le libellé ne comprenait que l'objet de la demande et l'exposé sommaire des moyens; Henri IV aurait désiré qu'il contînt un exposé complet de l'affaire pour préciser davantage l'objet du procès et éviter par cela même les longueurs (2). Une ancienne coutume voulait aussi que toute personne assignée en matière réelle ou mixte eût le droit, avant de répondre à la demande, de se faire montrer, par son adversaire, l'immeuble litigieux ; le juge l'ordonnait ainsi et désignait le lieu d'où l'on devait partir « pour faire les vues et montrées ». Cette sorte d'exception dilatoire fut abrogée par l'ordonnance de 1667 (tit. IX, art. 5). Aujourd'hui, l'exploit, nous le verrons bientôt, doit désigner, de la manière prescrite par la loi, l'immeuble litigieux.

Le libellé de l'exploit a pour but de faire connaître d'une manière précise au défendeur l'objet du procès (*quid petitur*) et les moyens à l'appui (*causa petendi*), c'est-à-dire sur quelle qualité, sur quel titre ou sur quel motif le demandeur se base. La question de savoir si l'exploit est suffisamment libellé, et par cela même valable, est de pur fait et comme telle abandonnée à l'appréciation des juges (3). Cependant, on peut se dispenser de l'indication des moyens qui sont écrits dans la loi elle-même comme, par exemple, quand un cohéritier demande le partage, quand un ascendant réclame des aliments. Lorsque l'exploit est mal libellé ou ne l'est pas du tout, il est entaché de nullité. Mais si l'objet de la demande et les moyens à l'appui sont indiqués dans une autre partie de l'exploit, par exemple dans le procès-verbal de non-conciliation, dont copie est donnée avec l'exploit, il n'y a pas nullité, car on admet sans difficulté que les différentes parties de l'exploit peuvent se

(1) Trib. de Lille, 7 juin 1899 et trib. de la Seine, 5 mai 1899 et 26 juillet 1899 dans la *France judiciaire*, année 1899, p. 248, 317 et 498. Un décret du 13 novembre 1899 alloue, pour la formalité de l'enveloppe, 15 centimes à l'huissier.

(2) Mémoires de Sully, liv. 26.

(3) Il a été jugé qu'un exploit est nul pour insuffisance du libellé, s'il tend au rétablissement des lieux dans l'état où ils se trouvaient avant les entreprises du défendeur et si cependant il ne précise ni l'état ancien des lieux, ni leur état nouveau, ni les entreprises reprochées et ne fait pas non plus connaître les titres et règlements, ni les clauses des titres et règlements sur lesquels s'appuie la demande. Il n'importe que les prétentions du demandeur aient été plus tard précisées dans des conclusions prises en appel à la barre. Orléans, 5 juillet 1872, S. 72 2, 140. Voy. dans le sens de la nullité les espèces relatées : Cass., 15 juillet 1879, D. P. 80, 1, 398; Dijon, 3 février 1870, D. P. 71, 2, 163. Jugé, au contraire, qu'est suffisamment libellé l'exploit par lequel une partie assignée en dommages-intérêts par la victime d'un accident en appelle une autre en cause pour faire déterminer la part de responsabilité de chacun. Civ. rej., 14 novembre 1898, D. P. 99, 1, 65.

compléter les unes par les autres. Il n'en serait plus de même si, pour combler la lacune de l'exploit, il fallait se reporter à un autre acte (1).

8° Indication du tribunal qui doit connaître de la demande. Cette indication est essentielle et rien ne peut y suppléer. Il ne suffirait même pas de dire dans l'exploit, qu'on assigne au tribunal compétent, car souvent deux ou plusieurs tribunaux sont compétents pour une même affaire; c'est ce qui se produit notamment en matière mixte ou s'il y a plusieurs défendeurs. Même lorsqu'un seul tribunal est compétent, il faut le faire connaître; le défendeur est censé l'ignorer tant qu'il ne lui a pas été désigné. Il faut même dire si le tribunal où l'on assigne est le tribunal civil ou le tribunal de commerce. L'omission de cette dernière mention n'entraînerait toutefois nullité de l'exploit qu'autant que le défendeur pourrait concevoir quelque doute sur le tribunal devant lequel il est cité (2). La loi n'exige pas qu'on indique le lieu où siège le tribunal, mais en pratique on a l'habitude de le faire.

9° Indication du délai pour comparaître. Cette indication du délai est également essentielle; il faut que le défendeur sache quel jour il devra se présenter devant le tribunal. Nous verrons bientôt que ce délai est de huitaine, mais il est susceptible d'abréviation ou d'augmentation. Faut-il que le demandeur précise le jour de la comparution ou bien peut-il se contenter de mettre : « à comparaître dans le délai de la loi »? D'abord, il n'est pas douteux que le demandeur peut citer à un délai plus long, sauf au défendeur, s'il le préfère, à comparaître dans le délai ordinaire qui est un délai minimum fixé par la loi; mais quand le demandeur dit: « dans le délai de la loi », il indique par cela même qu'il choisit le délai le plus court, celui que la loi fixe elle-même, le délai de huit jours. Dans notre ancienne jurisprudence, l'assignation *au délai de la loi* était considérée comme parfaitement régulière, parce que l'ordonnance de 1667 n'avait pas exigé la mention spéciale de ce délai dans l'exploit d'ajournement. Mais aujourd'hui cette mention est prescrite. Y satisfait-on en mettant simplement : « le délai de la loi »? Certains auteurs exigent l'indication du nombre des jours à peine de nullité; ils se fondent sur le texte de notre article qui parle d'indication du délai. Ils ajoutent que si la mention : « devant le tribunal compétent » sans autre indication est insuffisante pour la désignation du tribunal, on doit en dire autant pour le délai de la formule : « dans le délai de la loi ». Cette assimilation n'est pourtant pas exacte. S'il ne suffit pas de dire : « devant le tribunal compétent », c'est parce qu'il peut arriver que plusieurs tribunaux soient compétents comme, par exemple, en matière mixte ou s'il y a pluralité de défendeurs, et celui qui reçoit l'assignation se trouverait dans le plus grand embarras si le demandeur ne lui faisait pas connaître le tribunal de son choix. Au contraire, il n'y a qu'un délai de la loi, de sorte qu'aucune confusion n'est possible. L'article 456 du Code de procédure montre bien que le législateur se contente de la formule : « dans le délai de

(1) Dijon, 3 février 1870, cité *supra*; Cass., 12 juillet 1870, D. P. 71, 1, 91; *contra* Amiens, 5 février 1890, recueil d'Amiens, 1890, 69.

(2) Poitiers, 12 février 1861, D. P. 61, 2, 59; Aix, 21 novembre 1881, *Gazette du Palais*, 1882, 1, 153.

la loi » et la jurisprudence est, depuis longtemps fixée dans ce sens (1). Il faut cependant reconnaître qu'en décidant, avec la jurisprudence, que la mention : « dans le délai de la loi » est suffisante, on crée un danger : il peut arriver que le défendeur ne comprenne pas bien le sens de cette formule et qu'il constitue avoué trop tard.

Toutes les mentions qui précèdent sont prescrites à peine de nullité, mais on a pu constater à diverses occasions que cette rigueur est atténuée par plusieurs règles que la jurisprudence a introduites en s'inspirant de l'esprit de la loi, à savoir : qu'aucune formule n'est sacramentelle, et qu'en conséquence on admet les équivalents, pourvu qu'ils ne soient pas équivoques ; qu'aucun ordre n'est prescrit par la loi et que les mentions peuvent se suivre d'une manière quelconque ; qu'une erreur ou une lacune d'une partie de l'exploit peut être couverte par une autre partie sans qu'on ait toutefois le droit de rectifier ou de compléter l'acte par un autre. Ces observations s'appliquent également aux formalités qui vont suivre, lorsqu'elles sont prescrites à peine de nullité, mais nous arrivons maintenant à une formalité qui comporte une autre sanction.

L'huissier doit mentionner sur l'original et sur la copie:

10° Le coût de l'exploit (art. 67 C. pr.). La loi veut que les parties sachent si l'huissier ne réclame pas plus qu'il ne lui est dû. L'omission de cette mention n'entraînerait pas nullité et donnerait seulement lieu à une amende de 5 francs payable par l'huissier à l'instant de l'enregistrement. L'article 66 du tarif civil ajoute qu'en outre le ministère public pourrait poursuivre l'interdiction de cet officier ministériel.

Toutes les mentions précédentes sont prévues par l'article 61 du Code de procédure à peine de nullité, sauf exception pour la dernière qui fait l'objet de l'article 67 et dont la nullité n'est pas la sanction. Toutes ces formalités aussi sont communes à tous les ajournements. Nous arrivons maintenant à une série de mentions prescrites, comme les précédentes, par le Code de procédure, mais qui ne se trouvent plus que dans certains ajournements et qui n'ont pas toutes la nullité pour sanction, de sorte qu'il faut s'expliquer sur ce point à l'occasion de chacune d'elles.

11° Désignation de l'héritage dans les matières réelles ou mixtes immobilières, à peine de nullité (art. 64). Si la matière était personnelle immobilière, comme dans le cas d'une vente avec convention que le transport de propriété ne sera pas immédiat mais aura lieu à une époque ultérieure, il faudrait bien encore indiquer l'immeuble, lorsque la vente a porté sur un bien déterminé, soit par analogie de ce que dit l'article 64 du Code de procédure pour les actions réelles ou mixtes, les seules auxquelles il ait pensé, soit parce que cette indication fait nécessairement partie de l'objet de la

(1) Pau, 19 février 1873, S. 73, 2, 85. L'exploit est-il valable, s'il contient assignation à comparaître « dans le délai de huitaine franche », sans indiquer toutefois l'augmentation à raison des distances ? Pour l'affirmative : Aix, 23 mai 1870, D. P. 71, 2, 216; Nancy, 20 février 1894, D. P. 94, 2, 221 ; note sous Grenoble, 3 août 1892, D. P. 93, 2, 29 ; *contra* Paris, 10 janvier 1872, S. 72, 2, 8 ; Paris 23 janvier 1895, D. P. 96, 2, 20. Ces décisions de la Cour de Paris sont basées sur des questions d'espèce spéciale ; il s'agit, dans le dernier arrêt, d'assigner un étranger sans domicile en France, qui peut ignorer les prescriptions de la loi française.

demande. Les exigences de la loi, dans l'article 64 du Code de procédure, ont pour but de faire bien connaître au défendeur sur quel immeuble porte la contestation. Mais ce but est-il atteint par les mentions qu'exige cet article? Cela est fort douteux, et, par exemple, il est certain que souvent, dans une ville, on ne reconnaîtra pas facilement une maison par la seule indication de deux de ses tenants et aboutissants ; il vaudrait mieux la faire connaître par le nom de la rue et par le numéro. Pour les biens ruraux, le morcellement de la propriété a rendu plus difficile encore une désignation précise, et l'indication des tenants et aboutissants sera le plus souvent bien obscure. Aussi, dans le nouvel article 675 du Code de procédure, revisé en 1841, la mention des tenants et aboutissants dans le procès-verbal de saisie immobilière n'a été maintenue que pour les maisons et à défaut de la rue et du numéro. Il est certain que si l'article 64 du Code de procédure était revisé, il subirait la même modification. Le demandeur peut, dès maintenant, faire lui-même cette rectification, prendre la formule de l'article 675 du Code de procédure, au lieu de celle de l'article 64. Nous avons vu en effet qu'il n'existe pas de formule sacramentelle (1).

12° Copie du procès-verbal de non-conciliation ou de la mention de non-comparution (art. 65 C. pr.). Cette mention se trouve seulement sur la copie de l'exploit d'ajournement ; elle n'est pas nécessaire sur l'original, mais elle est prescrite à peine de nullité sur la copie. Son but est d'établir qu'on a passé par le préliminaire de conciliation, dans tous les cas où ce préliminaire est exigé par loi ; dans les autres cas, cette mention est supprimée, et il en serait encore de même si la tentative de conciliation avait eu lieu dans une affaire qui en est dispensée. L'original de l'exploit d'ajournement mentionne que l'huissier a laissé au défendeur copie du procès-verbal de non-conciliation ou de non-comparution. Si cette mention avait été omise, le demandeur ne serait pas admis à prétendre qu'il a été donné copie du procès-verbal et à demander que le défendeur représente la copie de l'ajournement ; mais, de son côté, le défendeur ne serait pas recevable à se faire un moyen de nullité de ce que la mention de la signification aurait été omise, s'il avait présenté volontairement la copie de l'ajournement. Cette signification est, comme la formalité précédente, prescrite à peine de nullité. Il n'en est pas de même de la suivante.

13° Copie des pièces qui doivent servir de base à la demande. Cette formalité est prescrite pour instruire le défendeur ; il suffit, bien entendu, de copier les pièces mises au procès. La copie d'une partie d'une pièce suffira même, si le procès ne concerne que cette partie, et, par exemple, dans un litige relatif à un legs, on se bornera à copier la partie du testament relative à ce legs. L'omission de cette formalité n'entraîne pas nullité de l'exploit; seulement, si pendant l'instance il devient nécessaire de fournir des copies pour éclairer le défendeur, les frais de ces copies n'entreront pas en taxe, c'est-à-dire que le demandeur devra payer ses frais, même s'il gagne le procès. Il en serait autrement si ces nouvelles copies de pièces avaient été rendues nécessaires par des incidents nouveaux. D'un autre côté, une copie

(1) Req., 20 mars 1888, D. P. 89, 1, 277 ; Alger, 2 novembre 1895, D. P. 96, 2, 420.

de pièce insérée dans la copie de l'exploit n'entre en taxe qu'autant qu'elle est utile au défendeur. C'est le juge taxateur qui apprécie souverainement si une copie est utile ou non (1).

14° Lorsque la copie de l'exploit est remise à un magistrat ou à un fonctionnaire, dans les cas dont nous prendrons bientôt connaissance, ou encore à un voisin du défendeur, celui qui reçoit cette copie doit, à peine de nullité, viser l'original; sa signature vaut reconnaissance de la remise de la copie (art. 68, 69, 70 C. pr.) (2).

Nous arrivons maintenant à une série de mentions et de formalités qui concernent encore les exploits d'ajournement et dont ne parle pas directement le Code de procédure (3).

15° Tout exploit de l'ajournement doit être enregistré à peine de nullité. En outre, le défaut d'enregistrement fait encourir une amende de 5 francs et une amende égale au montant du droit non perçu (loi du 22 frimaire an II, art. 20 et 34; loi du 16 juin 1824, art. 10). L'huissier est tenu de faire enregistrer l'original de l'exploit, soit au bureau de sa résidence, soit au bureau du lieu où il instrumente, dans les quatre jours de sa date. Cette formalité a été établie surtout dans un but fiscal et aussi pour empêcher les antidates. L'enregistrement a remplacé la formalité du contrôle exigé dans notre ancien droit par un édit de 1669, et le contrôle lui-même avait remplacé l'assistance de deux recors. Cette formalité du contrôle était déjà purement fiscale, comme aujourd'hui l'enregistrement, car si elle attestait que l'exploit avait été remis à l'agent du fisc, elle ne prouvait pas du tout qu'il eût été signifié au défendeur. On remarquera que la loi, en donnant quatre jours à l'huissier, à partir de la signification, pour faire enregistrer, lui permet par cela même de signifier avant l'enregistrement, ce qui peut, en effet, être parfois indispensable, surtout en cas d'urgence, notamment pour interrompre une prescription à la veille de s'accomplir. Aussi la loi, dans le même but, n'exige-t-elle la mention de l'enregistrement que sur l'original et non sur la copie qui a pu être remise auparavant.

16° L'original et la copie doivent être écrits en français (décret du 2 thermidor an II; arrêté du 22 prairial an XI). La loi prescrit d'une manière générale l'emploi du français pour tous les actes publics et par des motifs d'ordre national; aussi menace-t-elle de la peine de la destitution et d'un emprisonnement de six mois l'officier public qui fait emploi d'une langue étrangère. Mais l'acte est-il en outre entaché de nullité? On a soutenu la négative en observant que cette nullité n'est pas écrite dans la loi (4); cette opinion doit être repoussée. Il s'agit ici d'une formalité d'ordre public au

(1) Cette formalité ne présente que des inconvénients et comme elle n'est pas prescrite à peine de nullité, on ne l'observe pas en pratique. Elle expose, en effet, les plaideurs à des augmentations de frais, à des droits d'enregistrement et à des amendes, si l'on produit des pièces non enregistrées.

(2) Mais lorsqu'on remet à une de ces personnes publiques un acte autre qu'un ajournement, il n'y a plus nullité pour omission de la formalité du visa, car la loi ne mentionne pas cette nullité et la formalité omise est manifestement accessoire, tel serait le cas où il s'agirait de la signification d'un jugement. Civ. cass., 21 août 1882, S. 83, 1, 299.

(3) Voy. cependant pour l'enregistrement ce que dit l'article 67.

(4) Bastia, 17 janvier 1876, S. 76, 2, 164.

premier chef, et les dispositions de cette nature sont toujours sanctionnées par la nullité, même si la loi ne prend pas la peine de le dire.

17° L'exploit d'ajournement doit, sous peine d'amende, être fait sur papier timbré (loi du 13 brumaire an VII, art. 12) (1), mais cette formalité n'est pas prescrite à peine de nullité.

18° L'original et la copie doivent aussi mentionner le nombre des feuilles employées aux copies et le montant du timbre déboursé (loi du 29 décembre 1873; décret du 27 août 1884; D. P. 1874, 4, 27 et 37; D. P. 1885, 4, 15).

Il nous reste à mentionner une dernière formalité, la plus importante de toutes, et dont l'omission entraînerait certainement nullité, bien que la loi ne parle ni de cette mention, ni de sa sanction ; elle s'impose d'elle-même à ce point que le législateur n'a même pas songé à en parler : c'est la signature de l'huissier. Autrement, en effet, l'acte ne serait pas un acte d'huissier, puisque cet officier public ne se le serait pas approprié. On a vu que la signature de l'huissier, à la condition d'être lisible, peut tenir lieu de son nom, si celui-ci a été omis dans le corps de l'exploit. La loi n'exige pas, ni sur l'original, ni sur la copie, la signature du demandeur et, d'une manière plus générale, de celui qui requiert l'exploit. C'est là une règle qui ne comporte que de rares exceptions (2).

En général, les nullités d'ajournement sont de pur intérêt privé et établies en faveur du défendeur ; aussi, celui-ci doit les provoquer avant de conclure au fond et même avant d'opposer les exceptions dilatoires; autrement, elles seraient couvertes, comme nous le verrons en étudiant l'article 173 (3).

### § 41. — Signification de l'ajournement (art. 68 C. pr.).

L'ajournement est signifié par un huissier de l'arrondissement que choisit le demandeur et tout autre serait incompétent. Il est dit dans une ordonnance que fit le dauphin en mars 1356, pendant la captivité du roi Jean, « que les huissiers en allant faire leurs exploits menaient grand état et faisaient grande dépense aux frais des bonnes gens, parce qu'ils exploitaient; qu'ils allaient à deux chevaux pour gagner plus grand salaire, quoique s'ils allaient pour leurs propres affaires, ils allaient à pied ». Certains huissiers, notamment les huissiers à cheval du Châtelet de Paris, avaient le droit d'instrumenter dans tout le royaume aux frais des plaideurs dont ils causaient la ruine. Aujourd'hui, ces abus sont devenus impossibles, la loi ayant décidé

(1) Bastia, 17 janvier 1876, S. 76, 2, 164. Il n'est pas nécessaire que l'exploit soit écrit à l'encre et on a validé des exploits écrits en totalité, ou en partie au crayon. Civ. cass., 20 février 1878 et 6 mai 1878, S. 79, 1, 195.

(2) Par exemple, en matière d'opposition à mariage ou de surenchère sur aliénation volontaire (art. 66 et 2185 C. civ.). La loi n'exige pas que l'ajournement soit tout entier de la main de l'huissier : il suffit qu'il signe. Les ajournements doivent être écrits autant que possible sans ratures, renvois, interlignes ni surcharges. S'il existe des ratures non approuvées sur la copie, elles sont nulles; on présume qu'elles sont l'œuvre de l'assigné; si elles se trouvent sur l'original, les mots rayés sans approbation comptent et l'exploit est valable; d'ailleurs, les renvois placés avant la signature n'ont pas besoin d'être approuvés, à moins qu'ils ne soient pas dans le corps de l'acte. Cf. civ. rej. 21 décembre 1897, D. P. 98, 1, 262.

(3) Voy. dès maintenant civ. rej., 18 novembre 1897, D. P. 98, 1, 127.

qu'en cas de déplacement d'un huissier une seule journée entrera en taxe (art. 62 C. pr.). Les dépenses causées aux plaideurs par ces transports d'huissier ne s'en élèvent pas moins encore à environ un million par an.

Le demandeur peut choisir pour l'ajournement un huissier quelconque de l'arrondissement; il lui arrive parfois de ne pas s'adresser à l'huissier le plus rapproché du domicile du défendeur, et cela sans motif plausible, de sorte qu'il cause des frais de transport qui auraient pu être évités. On a soutenu qu'en pareil cas ces frais de transport doivent être mis à la charge du demandeur, même s'il gagne le procès. Mais cette solution revient à décider que le demandeur est obligé de choisir l'huissier le plus rapproché du domicile du défendeur. Or la loi ne l'impose pas; tout ce qu'elle exige, c'est que le transport ne prenne pas plus d'une journée ; les frais supplémentaires du transport resteraient définitivement à la charge du demandeur, même s'il gagnait le procès, et de ce que le demandeur a le droit de s'adresser à l'huissier qu'il préfère parmi ceux de l'arrondissement du domicile du défendeur, il faut conclure qu'il ne doit pas payer les frais de transport, même d'une journée, par ce seul motif qu'il aurait pu les éviter en s'adressant à un autre huissier (1). Le décret du 14 juin 1813 (art. 35) édicte une amende de 20 à 100 francs contre tout huissier qui perçoit plusieurs fois un droit de transport intégral pour plusieurs actes faits dans une même course et dans un même lieu (2).

Aux termes de l'article 66, l'huissier ne peut pas instrumenter pour ses parents ou alliés ni pour ceux de sa femme en ligne directe à l'infini, ni pour ses parents ou alliés collatéraux jusqu'au degré de cousin issu de germain, inclusivement, à peine de nullité. A plus forte raison, ne peut-il pas instrumenter pour sa femme, quoique la loi ne le dise pas directement. Quand la loi déclare que l'huissier ne peut pas instrumenter pour les alliés de sa femme, il a en vue une femme mariée en secondes noces, car celle qui serait mariée en premières noces aurait précisément pour alliés les parents de son mari. Ce sont les parents de son premier mari qui restent ses alliés. Dans ces cas de parenté ou d'alliance, la loi craint que l'huissier ne commette des fraudes en faveur de sa famille et, par exemple, qu'il n'antidate un ajournement pour éviter une prescription accomplie. Mais rien ne s'oppose à ce que l'huissier instrumente contre ces mêmes parents ou alliés, car le motif de la prohibition n'existe plus. La parenté adoptive et la parenté naturelle produisent aussi l'incapacité de l'article 66 du Code de procédure, vis-à-vis des personnes entre lesquelles ces parentés existent ; il y a identité de motifs.

Si l'huissier ne peut pas instrumenter pour certains parents ou alliés, à plus forte raison lui est-il interdit de le faire pour son propre compte (3),

(1) Civ. cass., 18 avril 1899, *France judiciaire*, année 1899, p. 225. Le tarif de 1807 alloue aux huissiers, pour frais de voyage, deux francs par chaque demi-myriamètre (art. 66, 83) et la Cour de cassation entend cette disposition en ce sens que l'huissier recevra deux francs chaque fois qu'il aura parcouru intégralement un demi-myriamètre au delà du premier. Req., 16 mai 1899, *France judiciaire*, année 1899, p. 516.

(2) Cette disposition ayant un caractère disciplinaire ne saurait donner lieu à l'application de la loi de sursis du 26 mars 1891. Douai, 18 janvier 1898, *France judiciaire*, année 1898, p. 103.

(3) Cass., 9 juin 1875 S. 75, 1, 278; Cass., 19 juillet 1875, D. P. 75, 1, 408.

lorsqu'il est partie au procès, mais rien ne s'oppose à ce qu'il instrumente dans une cause où il est intéressé, du moment qu'il n'y joue pas le rôle de partie en cause ; tel serait le cas où il ferait un ajournement pour le compte d'une société dont il serait commanditaire ou obligataire (1).

Quand une élection de domicile a été faite chez un huissier, celui-ci est incapable de faire la significatien à son propre domicile, car il ne peut pas représenter au même moment les deux parties et, en réalité, il se ferait la signification à lui-même (2). D'un autre côté, l'incapacité prononcée par l'article 66 du Code de procédure ne s'applique pas aux actes d'avoués signifiés par les huissiers audienciers, car ces huissiers ne font pas attention aux parties que les avoués qui les requièrent représentent, et ils n'en indiquent même pas le nom dans leurs exploits sommaires.

L'huissier ne peut signifier un exploit que pendant le jour tel qu'il est déterminé par l'article 1037 du Code de procédure (art. 63) et, de plus, il lui est interdit de faire une signification quelconque un jour de fête légale, si ce n'est en vertu de l'autorisation du président du tribunal (art. 1037 C. pr.) du lieu où la signification doit être faite. A Rome, sous les empereurs chrétiens, pendant l'époque franque, au moyen âge, dans les juridictions ecclésiastiques on s'abstenait de faire des actes de procédure les dimanches et autres jours de fête religieuse. Beaumanoir nous apprend que, de son temps, cette règle n'était plus observée dans les tribunaux laïques; on avait même l'habitude de faire plus fréquemment des actes de procédure les dimanches et les jours de fête, parce qu'on rencontrait plus souvent les adversaires à ces jours à leur domicile ou ailleurs. En 1722, les religieux bénédictins de Bernay, en Normandie, ayant fait assigner le curé de la même ville le jour de Pâques au sortir de l'église, l'affaire fit beaucoup de bruit; le scandale arriva jusqu'au roi, l'exploit fut déclaré nul, l'huissier fut interdit pour six mois et, depuis cette époque, les arrêts du parlement de Paris tendirent à déclarer nuls les actes de procédure faits les jours de fête.

La loi n'ayant pas prononcé la nullité des actes faits un jour de fête légale, certains auteurs enseignent que ces actes sont valables, les dispositions relatives à ces fêtes n'étant pas d'ordre public, mais ce motif est fort contestable et le contraire nous paraît être la vérité. Il y aurait nullité si un huissier faisait ou signifiait un exploit un jour de fête légale, comme s'il instrumentait pendant la nuit d'un jour ordinaire. A vrai dire, pendant ces moments, les huissiers sont incompétents et incapables. Il n'est pas nécessaire que l'article 63 du Code de procédure prononce la nullité, puisqu'il s'agit d'incompétence absolue. Certains auteurs reconnaissent que l'exploit signifié un jour de fête légale est entaché d'une nullité absolue, mais ils ajoutent que l'exploit signifié pendant la nuit est nul d'une manière relative. Cette distinction ne se justifie pas. La prohibition concernant les actes faits la nuit est encore plus absolue que celle qui défend de faire et signifier les actes les jours de fête légale, puisque le président du tribunal ne peut pas lever la première et a le droit de lever la seconde. Si la seconde

(1) Civ. cass., 22 janvier 1879, S. 79, 1, 247; Caen, 30 avril 1879, S. 79, 2, 206.
(2) Cass., 24 mars 1854, S. 54, 1, 543.

est d'ordre public, à plus forte raison doit-il en être de même de la première (1).

L'assignation est faite à personne ou à domicile (art. 68 C. pr.). Et d'abord on peut remettre l'ajournement à personne. C'est évidemment le moyen le plus sûr de prévenir le défendeur. Dans notre ancienne jurisprudence, on ne devait pas remettre un exploit à personne, dans une église pendant un service religieux, ni dans un lieu où siégeaient des autorités constituées. Mais, aujourd'hui, la loi ne défend plus que l'exercice de la contrainte par corps pendant le service religieux. Les significations d'ajournement peuvent donc être faites par l'huissier s'adressant à la personne en tous lieux publics, dans les édifices religieux comme dans ceux où siègent les autorités. Mais pour que la signification puisse être à personne il faut deux conditions : que l'huissier connaisse le défendeur; qu'il le rencontre et lui remette l'exploit (2). On admet généralement que quand l'huissier veut remettre la copie au défendeur dans une église ou dans un lieu destiné aux autorités, le défendeur n'est pas obligé de l'accepter, mais il est certain du moins que, dans ces circonstances, l'huissier doit s'arranger de façon à ne pas causer de scandale, autrement il pourrait encourir des dommages-intérêts ou même des peines disciplinaires. D'un autre côté, la copie de l'exploit ne peut pas être remise à un ministre du culte ni à un magistrat pendant qu'il est dans l'exercice de ses fonctions.

La remise à personne suppose aussi que le défendeur est capable de recevoir la copie. Ainsi, si l'assigné est un mineur, un interdit, c'est au représentant légal de l'une ou l'autre de ces personnes que l'exploit doit être remis.

Quand l'huissier ne peut pas remettre la copie de l'exploit à personne pour une cause quelconque, il fait alors la signification à domicile (3); ce domicile est le domicile légal et non pas la simple résidence. Une personne dont le domicile est connu ne peut recevoir l'assignation à sa résidence qu'autant qu'elle lui est remise directement, parce qu'alors, en réalité, l'exploit est signifié à personne. Lorsque le défendeur a fait élection de domicile, cet acte attribue compétence au tribunal de ce domicile et, en outre, l'huissier peut signifier l'assignation au même domicile (art. 111 C. civ.). D'ailleurs, l'exploit signifié au domicile élu n'en doit pas moins indiquer le domicile réel du défendeur (4). On sait que depuis la loi du 6 février 1893,

(1) En sens contraire, certains arrêts appliquent l'amende contre l'huissier pour toute sanction et déclarent l'acte valable ; voy. en faveur de la validité des actes signifiés en dehors des heures légales, Bordeaux, 28 novembre 1885, *Gazette du Palais*, 1886, 1, sup. 140 ; Trib. de commerce de la Seine, *Gazette du Palais*, 1887, 1, 489 : en faveur de la validité des actes signifiés un jour férié sans permission de juge, Douai, 9 août 1892, D. P. 94, 2, 81 ; Dijon, 3 juillet 1895, D. P. 96, 2, 287.

(2) L'exploit signifié au propriétaire d'une maison située sur la limite de deux arrondissements est valable si la signification a été faite à personne dans la partie de la maison située dans l'arrondissement où l'huissier exerce ses fonctions. Peu importe dans ce cas le domicile de la partie, parce que l'acte est remis à personne. Civ. cass. 22 janvier 1877, S. 77, 1, 341.

(3) En matière de protêt, la signification ne peut jamais avoir lieu qu'à domicile art. 173 C. com.

(4) Aix, 14 juin 1844, S. 49, 2, 415.

toute femme séparée de corps a un domicile distinct de celui de son mari et c'est aussi à ce domicile que l'huissier doit se rendre (1).

Quand l'huissier s'est transporté au domicile de l'assigné, il doit y remettre l'exploit, soit à l'assigné lui-même et, dans ce cas, la signification est faite à la fois à personne et à domicile, soit au conjoint, parent, allié ou serviteur de l'assigné; mais la remise au parent ou domestique doit se faire au domicile même.

L'huissier se conforme à la loi quand il dit qu'il a laissé la copie à un domestique ou à un parent de l'assigné; il n'est pas nécessaire qu'il indique le nom de ce domestique ou de ce parent, car la loi ne l'exige pas, mais il est toujours prudent de le faire. En outre, il est indispensable, dans ce cas, d'indiquer le lieu, parce que le parent ou le domestique n'a qualité de recevoir l'exploit qu'au domicile du parent ou du maître (2). L'exploit peut être remis à un parent ou serviteur, même si le défendeur est présent au domicile; les termes généraux de la loi imposent cette solution, mais l'huissier se conformera davantage à son esprit s'il ne s'adresse au parent ou au serviteur qu'après avoir en vain essayé de remettre la copie au défendeur (3). On a aussi décidé que l'exploit peut être remis au domestique ou à l'employé du parent du défendeur, mais cette solution est très contestable.

La jurisprudence s'est montrée très large sur le point de savoir quelles personnes doivent être considérées comme serviteurs. Ce sont toutes les personnes que la partie emploie à son domicile moyennant salaire, notamment, outre les domestiques ordinaires, l'intendant, les commis, les employés du défendeur, les clercs des études (4). Les concierges sont considérés comme les serviteurs de toutes les personnes qui habitent la maison (5), mais la copie de l'exploit ne saurait être remise au domestique du concierge. Les maîtres d'hôtels garnis étant dans l'usage de répondre pour les personnes qu'ils logent et de recevoir leur correspondance, doivent être assimilés aux serviteurs pour la remise des copies.

Quand l'huissier laisse la copie à un parent ou allié, il n'est pas obligé de s'enquérir si ce parent ou allié est habituellement ou par accident au domicile de l'assigné. Certains auteurs estiment que l'assignation ne peut être remise qu'à un parent ou allié demeurant avec le défendeur, mais c'est ajouter à la loi. L'huissier n'a pas non plus à rechercher quel est le degré de parenté ou de l'alliance (6), il n'est même pas tenu de vérifier si celui qui se dit parent l'est réellement : il suffit qu'il se présente comme tel, pour que la signification lui soit valablement remise. L'huissier n'a pas non plus à s'enquérir de l'âge

(1) Mais au cours de la procédure de séparation de corps ou de divorce, les actes devront être signifiés à la résidence assignée à l'épouse par l'ordonnance du juge et non plus à domicile. Chambéry, 19 juillet 1887, journal *la Gazette des tribunaux*, 2 septembre 1887. Jugé que l'aliéné non interdit en traitement dans un établissement devra être assigné par le demandeur en interdiction, à cette résidence, même momentanée, et non à son domicile. Paris, 13 avril 1875, D. P. 75, 2, 333.

(2) Civ. cass., 4 mai 1892, D. P. 93, 1, 77.

(3) Req., 2 mars 1880, S. 80, 1, 297.

(4) Req., 2 mars 1880, S. 80, 1, 297; req., 23 novembre 1880, S. 81, 1, 408.

(5) Trib. de la Seine, 23 mars 1897, D. P. 97, 2, 216.

(6) Toulouse, 8 août 1850, D. P. 51, 2, 143.

du parent ou allié : un mineur ou tout autre incapable peut donc recevoir la copie, pourvu qu'il soit arrivé à l'âge où l'on comprend le but de cette remise (1).

A défaut de parents, alliés ou serviteurs au domicile de l'assigné, l'huissier doit remettre la copie de l'exploit à un voisin. A Rome, en pareil cas, on attachait le libelle à la porte de la maison (2). Tel était aussi l'usage dans notre ancien droit, seulement l'huissier montrait au voisin l'exploit qu'il venait de poser à la porte du défendeur. Le voisin était invité à faire connaître l'exploit à l'assigné. L'ordonnance de 1667 ajouta l'obligation de faire signer l'exploit par le voisin ; si le voisin ne voulait ou ne pouvait signer, l'huissier en faisait mention (3). Nos anciens auteurs nous apprennent que ces exploits attachés à la porte ne parvenaient jamais à destination et que les huissiers s'abstenaient d'avertir les voisins.

Le voisin n'est pas tenu d'accepter l'exploit, mais, s'il consent à le prendre, il s'engage par cela même à le remettre au défendeur et pour prouver qu'il a pris cet engagement il doit signer l'original. Cette formalité n'est pas imposée aux parents ou alliés parce que, par cela même qu'ils se trouvent au domicile du défendeur, ils prennent l'engagement de remettre l'exploit à leur parent.

La question de savoir qui est voisin est de pur fait : dans les campagnes on est voisin même à une certaine distance, tandis que dans les grandes villes on demeure souvent à côté les uns des autres sans se connaître. Le législateur n'exige pas qu'on s'adresse au voisin le plus proche. Pourrait-on remettre l'exploit au parent ou au serviteur du voisin ? Certains auteurs le prétendent, mais la question est controversée. Pour nous, nous pensons que les parents et les serviteurs du voisin sont exclus par le silence même de la loi : la remise au voisin est une exception à la règle que les exploits doivent être signifiés à personne ou domicile et, comme toutes les exceptions, il faut l'interpréter restrictivement. D'ailleurs, les parents et les domestiques du voisin n'offrent pas la garantie de soins et d'intérêts que fait présumer un échange habituel de services entre chefs de maisons et on ne peut pas, en cas de négligence du domestique du voisin qui aurait reçu l'exploit, déclarer le voisin responsable de la négligence de son domestique, car les maîtres ne sont responsables du dommage causé par leurs préposés que dans les fonctions auxquelles ces domestiques sont employés (art. 1384 C. civ.).

Lorsqu'un voisin refuse de recevoir la copie de l'exploit, l'huissier n'est pas tenu de faire d'autres tentatives auprès d'autres voisins ; il doit alors remettre la copie au maire de la commune. Certains auteurs enseignent que l'huissier peut aussi s'adresser directement au maire quand il a reçu un refus du parent ou serviteur du défendeur, sans qu'il soit tenu dans ce cas de s'adresser au préalable à un voisin. Mais nous croyons qu'il est plus conforme à l'esprit de la loi de procéder, en cas de refus du parent ou du ser-

(1) Trib. civ. de Rennes, 3 mai 1890, D. P. 93, 2, 86.

(2) Loi 4 § 6, *De damno infecto.*

(3) Ord. de 1667, tit. II, art. 4. Cet article ajoutait que si le défendeur n'avait pas de voisin, l'exploit devait être paraphé par le juge du lieu et en son absence ou refus par le plus ancien praticien.

viteur, comme en cas d'absence de parents ou serviteurs au domicile du défendeur, c'est-à-dire que l'huissier doit d'abord s'adresser à un voisin avant de présenter la copie au maire (1).

L'huissier peut remettre la copie au maire ou à l'adjoint ; la loi ne dit pas qu'il ne peut s'adresser à l'adjoint, qu'en l'absence du maire (2). S'il ne trouve ni le maire ni l'adjoint, il ne peut remettre la copie qu'au premier conseiller municipal et à son défaut aux autres conseillers dans l'ordre du tableau (3).

En recevant la copie de l'exploit, le maire doit viser l'original (4). Ce visa n'a pas le même objet que celui du voisin. En l'apposant, le maire ne prend pas l'engagement de remettre la copie au destinataire. Il est de doctrine et de jurisprudence constante, que le maire n'est même pas obligé d'avertir le défendeur. C'est à chacun à s'enquérir à la mairie des copies d'ajournement qui peuvent y avoir été reçues à son adresse. Le visa du maire a uniquement pour objet de rendre tout conflit impossible entre l'huissier et le maire au sujet de la remise de l'exploit : le visa de l'original par le maire prouve qu'il a reçu la copie. D'ailleurs, l'article 1039 du Code de procédure civile exige la même formalité du visa pour toute signification faite à une personne publique quelconque.

En général, le défaut de visa n'entraîne pas nullité, car il s'agit là d'une formalité accessoire et l'article 1039 ne prononce pas cette sanction (5). Mais il en est autrement en matière d'ajournement. Il résulte nettement du rapprochement des articles 68 et 70 du Code de procédure que le défaut de visa par le maire entraîne nullité de l'assignation ; ici la loi a pris soin de le dire.

Il ne faut pas confondre ce cas, où l'huissier a omis de faire viser l'original par le maire, avec celui où le maire a refusé de signer. Dans ces dernières circonstances l'huissier remet de suite la copie au procureur de la République, lequel vise l'original. En outre le maire peut, sur les conclusions du ministère public, être condamné à une amende de 5 francs. A la suite du refus du maire, l'huissier n'est pas tenu de s'adresser à l'adjoint ni subsidiairement au premier conseiller municipal (art. 1039 C. pr.) (6).

La loi n'exige pas seulement que toutes les formalités précédentes soient exactement remplies ; elle veut encore qu'il soit fait mention sur l'original et sur la copie de leur observation. Aussi, l'exploit doit mentionner non seulement que l'huissier a assigné, signifié, etc., mais encore qu'il a remis la copie à la personne à laquelle il déclare avoir parlé. De même, quand il remet la copie à un voisin, il doit mentionner qu'il n'a rencontré au domicile ni l'assigné ni aucun parent ou serviteur. De même encore remet-il la copie au maire, il doit soigneusement relever qu'il n'a pu rencontrer personne

(1) Req., 2 avril 1889, D. P. 90, 1, 133 ; trib. civil de Nérac, 31 mai 1890, D. P. 91, 3, 111 ; Rennes, 9 août 1893, D. P. 95, 2, 482.

(2) Req., 5 août 1890, D. P. 91, 1, 277.

(3) Lyon, 2 février 1871, S. 72, 2, 11.

(4) Voy. sur la manière dont doit être fait le visa, ma note sous civ. cass., 17 avril 1893, D. P. 94, 1, 33.

(5) Civ. cass., 11 mars 1879, D. P. 79, 1, 136 ; Rennes, 9 août 1893, D. P. 95, 2, 482.

(6) Lyon, 2 février 1871, S. 72, 2, 11.

au domicile de la partie ou qu'il a éprouvé refus de recevoir la copie, qu'il n'a pas non plus pu remettre la copie à un voisin ou que celui-ci a refusé de signer. L'omission d'une de ces mentions entraînerait nullité (1). La Cour de cassation exige même que le visa du maire ou de l'adjoint soit, à peine de nullité, mentionné sur la copie ; il ne suffit pas que ce visa existe de fait sur l'original (2). La Cour de cassation se fonde sur la dernière disposition de l'article 68 du Code de procédure qui prescrit la double mention sur l'original et sur la copie des mentions qui précèdent. Or, parmi ces mentions, se trouve le visa du maire. Cette jurisprudence paraît bien rigoureuse et il semble résulter des travaux préparatoires du Code qu'elle est contraire à l'esprit de la loi (3).

Parmi les mentions prescrites par la loi, se trouve celle qui oblige l'huissier à déclarer qu'il a remis lui-même la copie. C'est l'application d'un principe plus général, suivant lequel les huissiers doivent faire par eux-mêmes toutes leurs significations, qu'il s'agisse d'actes qu'ils rédigent en entier dans leurs études, tels que citations, assignations, sommations, simples commandements et pour lesquels hors de leurs études il leur suffit de faire une simple constatation de remise, ou qu'il s'agisse d'actes qui restent inachevés dans les études et qui doivent être complétés par des constatations à recueillir sur place, tels que les protêts. L'article 45 du décret du 14 juin 1813 menace de la peine de la suspension pendant trois mois et d'une amende de 300 à 2 000 francs tout huissier qui ne fera pas en personne les significations dont il a été chargé (voy. aussi art. 173 C. com.). En fait, et notamment à Paris, cette prescription n'est pas et ne peut pas être observée. Au jour d'échéance, tel huissier est chargé de signifier plusieurs centaines de protêts, sans parler des autres actes de son ministère. Il lui est matériellement impossible de faire en personne toutes ces significations. Les huissiers ont imaginé divers moyens pour se tirer d'embarras. Il y a quelques années, certains huissiers passèrent parfois contrat avec des tiers qui s'engageaient à faire les significations en leurs lieu et place. Cette combinaison ne pouvait pas réussir : tout contrat portant sur l'exercice d'une fonction publique est entaché d'une nullité absolue, par cela même qu'il est contraire à une loi d'ordre public. Les huissiers sont mieux inspirés lorsqu'ils préviennent les intéressés, par simple lettre, qu'il existe dans leurs études des actes qu'ils doivent leur signifier et qu'ils les invitent à venir les prendre eux-mêmes. Ce procédé réussit fort souvent en matière de protêt : l'intéressé, heureux d'éviter le scandale que pourrait causer la présentation du protêt à domicile, va le prendre à l'étude de l'huissier et la signification est valablement faite puisque l'acte est remis à personne. Mais si l'intéressé ne veut pas se déranger, il faut bien se rendre à son domicile et l'huissier, se trouvant dans l'im-

(1) Agen, 8 juillet 1873, S. 73, 2, 181 ; Grenoble, 25 juin 1875, S. 76, 2, 47 ; Lyon, 11 août 1881, S. 82, 2, 252 ; Lyon, 17 mars 1882, S. 84, 2, 79 ; Aix, 1er avril 1898, *France judiciaire*, 1898, p. 222.

(2) Req., 19 mai 1830, D. P. 30, 1, 248 ; Chambéry, 1er mai 1868, D. P. 68, 2, 111.

(3) Jugé que la preuve de la régularité de l'exploit peut résulter aussi d'un aveu judiciaire et non pas seulement de la représentation de l'exploit. Req., 26 février 1873, S. 73, 1, 257.

possibilité de faire par lui-même toutes les significations, charge un de ses clercs de le remplacer. Il commet ainsi une très grave irrégularité et même un véritable faux, puisqu'il affirme dans l'exploit qu'il a lui-même remis la copie et, s'il était établi qu'en commettant ce faux il avait une intention criminelle, il pourrait même être poursuivi en cour d'assises. Mais ce dernier fait ne s'est jamais vu, bien que la remise des exploits par un clerc, ordinairement par un clerc de l'étude, se fasse journellement. Cette remise a lieu de bonne foi, c'est-à-dire sans intention criminelle; il n'en existe pas moins un faux. En fait, le ministère public ne poursuit pas les huissiers, même disciplinairement; il reconnaît que ces officiers ministériels se trouvent dans un cas de force majeure ; qu'il leur est impossible à certains jours de faire par eux-mêmes toutes les significations dont ils sont chargés, et il tolère l'emploi d'un clerc pour la remise des exploits. Mais les particuliers sont souvent plus difficiles; ils profitent de l'irrégularité commise par l'huissier pour demander contre lui des dommages-intérêts et parfois, à raison des circonstances, les tribunaux leur en accordent; seulement celui qui forme cette demande en dommages-intérêts doit nécessairement s'inscrire en faux pour prouver que l'exploit n'a pas été remis par l'huissier, quoiqu'il contienne la mention contraire. Il n'en est autrement qu'autant que cet officier ministériel reconnaît spontanément le fait. La Cour de cassation dispense encore le demandeur de la procédure du faux, lorsqu'il est certain que l'huissier n'a pas pu faire par lui-même toutes les significations à cause de leur nombre élevé et, par exemple, parce qu'elles étaient au nombre de plusieurs centaines (1). Cette solution paraît fort contestable. De ce que l'huissier n'a pas pu faire toutes les significations dont il s'était chargé, il ne résulte pas qu'il n'en a fait aucune et parmi celles qu'il a faites peut se trouver celle qui donne lieu au procès. Une inscription de faux est donc nécessaire pour prouver le contraire (2).

Pour mettre un terme à cette situation fâcheuse, il suffirait d'autoriser les huissiers à avoir des clercs assermentés qui auraient le droit de faire en leur nom les significations, sans d'ailleurs dégager leurs patrons de leur responsabilité vis-à-vis des tiers.

On a vu que depuis la loi du 15 février 1899, quand un exploit n'est pas remis à la personne elle-même ou au procureur de la République, il doit être délivré sous enveloppe cachetée ne portant d'autre indication, d'un côté, que les noms et demeure de la partie et, de l'autre, que le cachet de l'étude de l'huissier instrumentaire (3), apposé sur la fermeture du pli. L'huissier doit faire mention de l'accomplissement de ces formalités destinées à prévenir les indiscrétions, tant sur l'original que sur la copie (4).

(1) Req., 12 février 1878, S. 78, 1, 153; *contra* Toulouse, 18 janvier 1866, S. 66, 2, 107.

(2) Voy. sur l'ensemble de cette théorie : Nîmes, 13 avril 1877, S. 77, 2, 138; req., 12 février 1878, S. 78, 1, 153; crim. cass., 30 janvier 1879, S. 79, 1, 93; crim. cass., 24 novembre 1883, S. 85, 1, 400.

(3) Trib. de Pontoise, 9 mars 1900, D. P. 1900, 2, 393.

(4) Paris, 16 décembre 1899, D. P. 1900, 2, 202; trib. d'Évreux, 4 août 1899, D. P. 1900, 2, 202: trib. de Bourg, 16 juin 1899, D. P. 1900, 2, 1, et nombre d'autres décisions rapportées *ibidem*.

## § 42. — Règles spéciales pour l'assignation de certaines personnes (art. 69 C. pr.).

Après avoir posé ces principes généraux, la loi, dans son article 69 du Code de procédure, édicte des dispositions spéciales : pour un certain nombre de personnes civiles, pour ceux qui n'ont aucun domicile connu en France, pour ceux qui habitent le territoire français hors de l'Europe et de l'Algérie et ceux qui sont établis à l'étranger.

L'État, lorsqu'il s'agit de domaines et de droits domaniaux, est assigné en la personne ou au domicile du préfet du département où siège le tribunal compétent (art. 69 C. pr.). A défaut du préfet, l'assignation est faite et remise au secrétaire général de la préfecture et, à son défaut, au conseiller de préfecture délégué. Celui qui veut intenter un procès contre l'État est tenu, comme nous l'avons déjà indiqué à propos de la tentative de conciliation, de remettre au préalable un mémoire au préfet. La remise de ce mémoire interrompt la prescription, mais l'action ne peut pas être intentée tant qu'il ne s'est pas écoulé un mois depuis le dépôt, si le préfet n'a pas répondu au mémoire (1). D'ailleurs, avant la loi du 5 avril 1884 la prescription était interrompue quel que fût le temps qui s'était écoulé entre le dépôt du mémoire et l'action en justice. La loi du 5 avril 1884 (art. 124) a décidé qu'à l'avenir la présentation du mémoire n'interromprait plus la prescription qu'autant qu'elle serait suivie d'une demande en justice dans le délai de trois mois. Mais l'État n'est représenté par le préfet que lorsqu'il s'agit de la propriété de son domaine. C'est le directeur des domaines qui doit être assigné, si l'action concerne les revenus du domaine (loi du 19 avril 1791).

Le trésor public est assigné en la personne ou au bureau de l'agent judiciaire qui le représente ; le bureau de l'agent du trésor est, à Paris, au ministère des finances (art. 69 C. pr.).

Les administrations ou établissements publics doivent être assignés en leurs bureaux dans le lieu où est établi le siège de l'administration, dans les autres lieux en la personne ou au bureau de leur préposé. Ainsi les administrations de l'enregistrement, des douanes, des contributions directes, des contributions indirectes, des forêts, des douanes doivent être assignées, à Paris aux bureaux de leurs directions générales respectives et dans les départements aux bureaux des directeurs ou conservateurs. Il semble même que la copie de l'assignation peut être valablement laissée aux bureaux des agents inférieurs de ces administrations, par exemple aux receveurs de l'enregistrement, toutes les fois que le litige s'élève à l'occasion des droits perçus ou des contraintes décernées par ces agents.

Les actions qui intéressent les hospices doivent être dirigées par ou contre la commission administrative de ces mêmes hospices et les copies sont remises aux bureaux de ces commissions. Quand l'administration de l'hospice n'a pas de bureau spécial au siège de son établissement, l'assigna-

(1) Loi des 28 octobre-5 novembre 1790, tit. III, art. 15; cpr., loi du 18 juillet 1837, art. 51.

tion peut être valablement laissée au maire comme président de la commission administrative (1).

Les actions intéressant les fabriques doivent être dirigées par ou contre les fabriques, aux poursuites et diligences du trésorier qui a seul qualité pour recevoir les copies (décret du 30 décembre 1809, art. 72) (2).

Les dispositions de l'article 69, relatives au domaine de la couronne, ne peuvent plus comporter application et ce domaine, on le sait, est de nouveau compris dans celui de l'État (décret du 10 novembre 1870).

Les communes sont assignées en la personne ou au domicile du maire, à Paris en la personne ou au domicile du préfet ; le préfet de la Seine est en effet maire de Paris. En cas d'absence du maire, la copie peut-elle être laissée à l'adjoint ? On l'a nié en faisant remarquer que l'article 69 ne parle pas de lui et qu'au contraire, dans une disposition suivante, il est dit qu'en cas d'absence d'un des fonctionnaires qui doivent recevoir la copie, celle-ci sera laissée au juge de paix ou au procureur de la République. Selon nous, il vaut mieux décider qu'en l'absence du maire la copie peut être remise à l'adjoint, de même qu'en l'absence du préfet elle peut l'être au secrétaire général, en vertu de ce principe que les fonctions publiques ne sont jamais vacantes et qu'en cas d'absence ou d'empêchement du maire, celui-ci est nécessairement remplacé par l'adjoint. Il faut même aller plus loin et admettre qu'à défaut du maire et des adjoints la copie peut être remise aux différents conseillers municipaux, en suivant l'ordre du tableau (3). Ce n'est donc qu'autant que l'huissier ne peut rencontrer personne ayant qualité pour recevoir l'exploit, qu'il l'adresse alors au juge de paix ou au procureur de la République. Lorsque l'huissier remet la copie de l'exploit à l'adjoint, il doit mentionner l'absence ou l'empêchement du maire, tandis que, dans le cas de l'article 68 du Code de procédure, cette mention n'est pas nécessaire, parce que la loi y place sur la même ligne le maire et l'adjoint. Certains auteurs, tout en admettant l'ensemble de cette théorie, décident que si cependant l'huissier s'était adressé, en l'absence du maire, directement au juge de paix ou au procureur de la République, il n'y aurait pas nullité, parce que celle-ci n'est pas écrite dans l'article 69. Il semble cependant que cette nullité résulte nécessairement de ce que la copie aurait été remise à une personne qui n'aurait pas eu qualité pour la recevoir.

Quiconque veut intenter une action contre une commune doit, à moins qu'il ne s'agisse d'une action possessoire, adresser au préalable un mémoire au préfet ou au sous-préfet, à peine de nullité absolue de l'ajournement (4). L'action ne peut être portée devant le tribunal que deux mois après la date du récépissé, sauf le droit de faire, pendant ce temps, tous actes conservatoires. D'ailleurs, la présentation du mémoire interrompt la prescription

(1) Poitiers, 24 juin 1863, D. P. 53, 5, 167.

(2) L'arrêt ci-après a cependant admis que le président du conseil de fabrique pouvait avoir qualité pour recevoir la copie. Civ. cass., 28 juillet 1879, D. P. 80, 1, 81.

(3) Req., 20 novembre 1889, D. P. 90, 1, 380 ; Montpellier, 20 juin 1887, D. P. 88, 2, 303.

(4) Lyon, 13 février 1892, D. P. 93, 2, 27 ; *contra* Lyon, 2 février 1871, D. P. 71, 2, 170.

à la condition d'être suivie d'une demande en justice dans le délai de trois mois. Le préfet, ou le sous-préfet, adresse immédiatement le mémoire au maire avec invitation de convoquer le conseil municipal dans le plus bref délai pour en délibérer. La délibération du conseil municipal est transmise au conseil de préfecture qui décide si la commune doit être autorisée à ester en justice. Cette décision du conseil de préfecture doit être rendue dans le délai de deux mois, à dater du dépôt du mémoire (1). Si le conseil de préfecture refuse l'autorisation, la commune peut se pourvoir devant le Conseil d'État pendant deux mois. Ce pourvoi n'empêche pas le demandeur d'introduire l'action, mais l'instance reste suspendue tant qu'il n'a pas été statué par le Conseil d'État ou jusqu'à l'expiration du délai de deux mois dans lequel le Conseil d'État doit statuer. A défaut de décision rendue dans les délais qui viennent d'être exposés, soit par le conseil de préfecture, soit par le Conseil d'État, le silence vaut autorisation. Lorsque l'action est intentée par une section de la commune contre la commune elle-même (ou réciproquement, ou encore si le procès intéresse deux sections de la même commune), la section est représentée par une commission syndicale, élue conformément à la loi du 5 avril 1884 (art. 128) (2).

Lorsque c'est la commune ou section de commune qui est demanderesse, le maire, sauf le cas d'action possessoire, a besoin de l'autorisation du conseil municipal et du conseil de préfecture qui exerce la tutelle administrative (3). Le silence de ce conseil, pendant deux mois à partir de la demande, vaut autorisation.

Le Code de procédure ne parle pas des actions intentées contre les départements, parce qu'à l'époque de sa rédaction les départements étaient considérés encore comme de simples circonscriptions administratives. Mais depuis longtemps, on leur reconnaît la personnalité juridique. Un décret du 9 avril 1811 déclare les départements propriétaires des édifices qui étaient déjà précédemment à leur charge, pour faire droit à leurs réclamations : ils se plaignaient d'entretenir des biens appartenant à l'État (c'étaient les édifices affectés aux services départementaux). Mais en leur reconnaissant la qualité de propriétaire, n'admettait-t-on pas, par là aussi, qu'ils avaient la personnalité juridique ? La question fut controversée jusqu'à la loi du 10 mai 1838, qui la trancha définitivement en reconnaissant aux départements le droit de plaider et en organisant leur représentation en justice. C'est donc le préfet qui joue, tout naturellement aussi, le rôle de défendeur. La loi du 10 août 1871 (art. 46) pose en principe que le conseil général statue définitivement sur les actions à intenter ou à soutenir au nom du département ; en cas d'urgence, c'est la commission départementale qui statue. Le préfet intente ensuite

(1) Conseil d'État, 30 novembre 1890, D. P. 92, 3, 58; Conseil d'État, 18 novembre 1892, D. P. 93, 1, 46.

(2) Voy. sur toutes ces questions la même loi, art. 121 et suiv.

(3) Lorsque la commune refuse d'agir, tout contribuable peut prendre l'action en mains à ses risques et périls, avec l'autorisation du conseil de préfecture, mais la commune est mise en cause pour qu'il y ait chose jugée à son égard (loi du 5 avril 1884, art. 123). Civ. cass., 28 mars 1888, D. P. 88, 1, 344. Et le conseil municipal doit être appelé à en délibérer. Décret en Conseil d'État, 5 décembre 1891, D. P. 93, 5, 123.

l'action en vertu de la décision du conseil général. La loi ajoute qu'il peut, sur l'avis conforme de la commission départementale, défendre à toute action intentée contre le département (loi 10 août 1871, art. 54). En cas de litige entre l'État et le département, comme le préfet représente déjà l'État, c'est un membre de la commission départementale, désigné par elle, qui représente le département (loi du 10 août 1871, art. 54). Quiconque agit contre un département doit, sauf en matière possessoire, au préalable remettre un mémoire qui interrompt la prescription, pourvu que cette remise soit suivie d'une demande en justice dans le délai de trois mois. Le demandeur ne peut agir en justice qu'au bout de deux mois, à partir de la date du récépissé de ce mémoire (loi du 10 août 1871, art. 55).

Dans tous les cas qui précèdent, la loi exige pour la validité de la signification une formalité spéciale que nous avons déjà indiquée : l'original doit être visé par le fonctionnaire auquel la copie de l'exploit est laissée. Nous avons déjà dit, avec l'article 1039 du Code de procédure, que cette formalité ne concerne pas seulement les ajournements et s'applique à toutes les significations faites à un fonctionnaire public, préfet, maire, agent du trésor, directeur d'une administration, etc. Mais la disposition générale de l'article 1039 diffère sous deux rapports de la disposition spéciale de l'article 69 du Code de procédure. Si le fonctionnaire public refuse son visa dans le cas de l'article 69, l'huissier a le choix de s'adresser au juge de paix ou au procureur de la République, tandis que, d'après l'article 1039, c'est-à-dire en règle générale, il faut toujours s'adresser au procureur de la République. L'omission du visa d'un ajournement entraîne nullité de l'acte, la loi l'ayant formellement dit (art. 70 C. pr.), mais, dans les autres cas, cette sanction n'est pas encourue, car l'article 1039 n'en parle pas et il s'agit ici d'une formalité secondaire (1).

Cette formalité du visa suppose toujours que l'exploit est remis à un fonctionnaire public ; on ne saurait l'exiger si la signification est faite à une société jouissant de la personnalité civile, par exemple à une association syndicale (2).

Les sociétés de commerce doivent être assignées, tant qu'elles existent, en leur maison sociale ; mais une société est censée exister même après sa dissolution, pendant la liquidation et jusqu'au partage inclusivement, car la liquidation est une suite nécessaire de la société (3). Nous avons vu que, quand il s'agit de déterminer la compétence, l'article 59 du Code de procédure place sur la même ligne les sociétés civiles et les sociétés commerciales et décide que le litige doit être porté devant le juge du lieu où la société est établie. L'article 69 du Code de procédure, au contraire, ne parle que des sociétés de commerce ; il passe sous silence les sociétés civiles. Cet article prouve ainsi, jusqu'à l'évidence, que la loi a entendu leur refuser la personnalité juridique. On a vu plus haut que la jurisprudence est en sens contraire,

(1) Civ. cass., 11 mars 1879, D. P. 79, 1, 136 ; civ. cass., 21 août 1882, D. P. 83, 1, 212.

(2) Nîmes, 22 avril 1872, S. 72, 2, 232.

(3) Il n'est pas nécessaire que l'assignation soit nommément donnée au liquidateur. Req., 18 décembre 1883, D. P. 84, 1, 402 ; Cass., 28 juin 1893, S. 95, 2, 260.

et, si l'on admet cette doctrine, il faut alors étendre ce que notre disposition dit des sociétés commerciales aux sociétés civiles (1). Certains arrêts, sans reconnaître la personnalité juridique aux sociétés civiles, admettent qu'elles peuvent être assignées en la personne de leur directeur, si elles ont un établissement. D'autres veulent que, dans tous les cas, on assigne tous les associés et ils ont raison, à cause de la règle : « Nul en France ne plaide par procureur. » On ne peut étendre la disposition de l'article 69 du Code de procédure, relative aux sociétés de commerce, aux sociétés civiles, que dans les cas rares où celles-ci jouissent de la personnalité juridique. Réciproquement, l'association en participation n'ayant pas la personnalité juridique, quoique société de commerce, ne saurait être assignée en justice et c'est aux différents associés qu'il faut signifier l'ajournement. Les associés civils peuvent à l'avance, et en vue de procès futurs, donner mandat à une personne d'agir ou de défendre en leur nom et alors les assignations peuvent être remises à ce mandataire, mais les mandants n'en doivent pas moins figurer dans la procédure et être assignés en personne. Quand une société de commerce n'a pas de maison sociale (2), on l'assigne alors en la personne ou au domicile de l'un des associés (art. 69 C. pr.); il faut que ce soit un associé solidaire. La jurisprudence admet généralement que le demandeur peut assigner une société commerciale en la personne de l'agent qui la représente dans une succursale (3), ou, s'il s'agit d'une compagnie de chemin de fer, dans une gare principale, pourvu qu'il s'agisse de faits de la compétence du tribunal de la succursale ou de la gare principale (4). Cette solution doit être admise si on décide, toujours avec la jurisprudence, que l'établissement d'une succursale emporte élection de domicile (5). Mais nous avons montré que cette solution est fort contestable, parce que les élections de domicile ne se présument jamais. Il ne faut donc pas non plus permettre d'assigner en la personne de l'agent qui représente la société ou la compagnie dans la succursale, bien que le tribunal de ce lieu soit compétent, mais par un autre motif que celui de présomption d'élection de domicile et par la raison qu'une succursale est un établissement principal, qui rentre dans le texte même de l'article 69 (6).

En cas de liquidation judiciaire, prononcée en vertu de la loi du 4 mars 1889, on devra assigner au domicile du liquidateur nommé par le tribunal et à celui du débiteur liquidé (art. 5 de la loi précitée).

(1) Cass., 23 février 1891, D. P. 91, 1, 337 ; Cass., 2 mars 1892, S. 92, 4, 97.

(2) Ce ne peut être qu'une société en nom collectif ou une société en commandite. Ne pas confondre la maison sociale, qui est l'établissement principal, avec la raison sociale qui est le nom de la société. La société anonyme a toujours une maison sociale et jamais de raison sociale.

(3) Req., 30 mai 1876, D. P. 76, 1, 372; Chambéry, 12 janvier 1886, D. P. 86, 2, 237.

(4) Civ. cass., 3 février 1885, D. P. 86, 1, 304; civ. cass., 30 juin 1891, D. P. 94, 1, 539; Angers, 13 janvier 1894, D. P. 94, 2, 200.

(5) Req., 2 juillet 1872, D. P. 74, 5, 122; req., 19 juin 1876, D. P. 77, 1, 134; civ. cass., 9 mars 1897, D. P. 97, 1, 415.

(6) Si l'on admet le système de la jurisprudence, il faut décider cependant qu'au lieu de la succursale la copie ne peut être remise qu'à l'agent ayant qualité pour représenter la société et que la signification faite à tout autre agent serait entachée de nullité. Grenoble, 6 décembre 1873, S. 74, 2, 4.

En cas de faillite, les créanciers doivent être assignés en la personne ou au domicile de l'un des syndics provisoires ou définitifs. Le Code parle aussi de directeurs ; cette disposition a été empruntée à tort à notre ancien droit et n'a plus de sens aujourd'hui. Elle fait allusion à un état de choses qui ne peut plus se présenter. Dans notre ancien droit, quand un débiteur non commerçant tombait en déconfiture, la loi autorisait les créanciers à organiser une sorte de faillite sous le nom de direction. Le but était d'empêcher que les biens du débiteur ne fussent consommés en frais de justice : on substituait à la vente forcée la vente amiable. Ces contrats ne sont plus usités aujourd'hui (1) ; en cas de cession de biens, les créanciers pourraient sans doute faire entre eux un accord semblable et, par exemple, donner à l'un d'eux le droit de les représenter ou de faire en leur nom tous les actes nécessaires pour arriver à la réalisation de leurs gages ; le représentant des créanciers ne pourrait pas, en pareil cas, figurer seul en nom dans le procès à cause de la règle : « Nul ne plaide par procureur. » D'ailleurs, la cession de biens sera très rare aujourd'hui. Elle avait surtout pour objet d'éviter au débiteur malheureux et de bonne foi la contrainte par corps. Or cette voie d'exécution sur la personne a été supprimée par la loi du 22 juillet 1867, sauf en matière pénale, où il est assez difficile de supposer un débiteur malheureux et de bonne foi, à moins qu'il n'ait commis un délit qui n'implique pas intention criminelle, comme un homicide ou des coups et blessures par imprudence.

L'article 69 du Code de procédure s'occupe en second lieu de ceux qui n'ont aucun domicile connu en France. L'ordonnance de 1667 (tit. II, art. 9) voulait qu'ils fussent assignés par un seul cri public au principal marché du lieu de l'établissement du siège où l'assignation était donnée. Aujourd'hui, ceux qui n'ont aucun domicile connu en France doivent être assignés au lieu de leur résidence. Si ce lieu n'est pas connu, l'exploit est affiché à la principale porte de l'auditoire du tribunal où la demande est portée ; une seconde copie est donnée au procureur de la République, lequel doit viser l'original (1). Mais quel est ce tribunal où la demande est portée ? Le doute n'est pas possible en matière réelle ou mixte immobilière : ce sera celui de la situation de l'immeuble. En matière personnelle, on ne peut pas donner compétence au tribunal du domicile ou de la résidence du défendeur, puisqu'ils sont inconnus. Certains auteurs proposent d'appliquer les règles de compétence établies en matière commerciale (art. 420 C. pr.); d'autres se prononcent toujours pour le tribunal du lieu où l'obligation est née. A notre avis, il faut attribuer l'affaire au tribunal du domicile du demandeur. L'esprit de la loi est de préférer toujours les juges des parties : elle se prononce d'abord pour le juge du défendeur et, s'il est impossible de le connaître, il ne reste plus que le juge du demandeur.

(1) Avant d'en arriver à signifier la copie au parquet, l'huissier devra justifier dans son exploit des démarches infructueuses qu'il a faites pour rechercher le domicile et la résidence. Cass., 14 avril 1891, S. 94, 1, 391 ; Cass., 7 février 1893, D. P. 94, 1, 221. L'appréciation des circonstances de fait qui peuvent, à défaut de domicile ou de résidence, justifier le dépôt de la copie au parquet, appartient souverainement au tribunal. Req., 31 mai 1881, D. P. 82, 1, 19 ; civ. cass., 20 novembre 1889, D. P. 90, 1, 70.

Il peut se faire que le défendeur ait un domicile réel, mais que le demandeur l'ignore ou ait de trop grandes difficultés à vaincre pour le découvrir et connaisse seulement sa résidence. En pareil cas, l'assignation, en tant qu'interruptive de la prescription, sera valablement donnée à la résidence ; mais le défendeur pourra demander son renvoi devant le tribunal de son domicile. Lorsque le défendeur indique un faux domicile, que l'huissier le découvre et fait des recherches inutiles pour connaître le vrai domicile, il peut considérer le défendeur comme n'ayant aucun domicile connu en France et l'assigner conformément à notre article 69, n° 8 (1).

En dernier lieu, l'article 69 s'occupe des assignations faites à des personnes « qui habitent le territoire français hors du continent et ceux qui sont établis chez l'étranger » (ancien art. 69). Il faut, bien entendu, supposer une affaire où, malgré cette circonstance, c'est un tribunal de la France continentale qui est compétent. Le plus souvent ces défendeurs seront des étrangers, mais ils pourront être aussi des Français domiciliés à l'étranger ou dans nos colonies. Avant l'ordonnance de 1667, les étrangers étaient assignés à cri public aux frontières les plus proches de leur pays, procédé puéril qui ne pouvait donner aucun résultat. L'ordonnance de 1667, tit. II, art. 7, voulut que les étrangers qui étaient hors du royaume fussent assignés à l'hôtel du procureur général du parlement qui serait compétent pour juger l'affaire en cas d'appel. Le procureur général déposait les copies dans une cassette destinée à cet usage, sans s'occuper de les faire parvenir à destination ; aussi les défendeurs n'étaient-ils jamais prévenus. Le Code de procédure, dans une disposition plus générale, décidait que ceux qui habitent le territoire français hors du continent et ceux qui sont établis chez l'étranger devaient être assignés au domicile du procureur impérial près le tribunal où devait être portée la demande, lequel visait l'original et envoyait la copie, pour les premiers, au ministère de la marine et, pour les seconds, à celui des affaires étrangères. Le premier transmettait la copie au procureur impérial de la colonie qui la faisait parvenir à son adresse ; le second l'envoyait à l'agent diplomatique français qui la remettait aux autorités étrangères. Ce système a été sensiblement amélioré par la loi du 8 mars 1882, dont le texte a passé dans l'article 69. L'ancien texte avait le tort de ne pas parler de l'Algérie qui n'appartenait pas, en effet, à la France à l'époque de sa rédaction. En outre, il parlait des personnes qui habitaient le territoire français hors du continent et on en concluait qu'il fallait appliquer cette disposition à tous ceux qui habitent les petites îles voisines de nos côtes. Enfin, il organisait un mode de transmission trop long, sans tenir compte des conventions diplomatiques qui pouvaient le simplifier. La loi du 8 mars 1882 a apporté plusieurs améliorations : 1° le procureur de la République envoie aujourd'hui directement l'exploit au ministre compétent, c'est-à-dire au ministre de la marine ou au ministre des affaires étrangères, selon qu'il s'agit d'une personne domiciliée aux colonies ou dans un pays étranger, sans la faire passer hiérarchiquement par le parquet du procureur général ; 2° le procureur de la République peut même remettre l'exploit directement aux autorités étran-

(1) Req., 10 février 1875, D. P. 75, 1, 376.

gères, s'il existe à cet égard des conventions diplomatiques; nous en avons notamment passé avec l'Allemagne et la Belgique; 3° l'Algérie, la Corse et les petites îles situées dans les eaux françaises sont aujourd'hui assimilées et rattachées au territoire continental avec lequel elles sont, en effet, en communication régulière et rapide. Les assignations se font donc pour les personnes domiciliées dans ces pays comme pour les défendeurs domiciliés en France : c'est un huissier de leur domicile qui leur remet copie de l'assignation (1).

Cette loi de 1882 vient aussi, à son tour, d'être modifiée, mais en partie seulement, pour ceux qui habitent le territoire français hors de l'Europe et de l'Algérie et pour ceux qui sont établis dans les pays placés sous le protectorat de la France, autres que la Tunisie; les assignations qui les concernent sont signifiées au parquet du procureur de la République par le tribunal où la demande est portée. Ce magistrat vise l'original et envoie directement la copie au chef du service judiciaire dans la colonie ou le pays de protectorat. On supprime ainsi l'intermédiaire du ministre de la marine.

Quant aux personnes domiciliées à l'étranger, la loi du 11 mai 1900 ne contient aucune innovation; les copies continuent à être remises au parquet du tribunal compétent, lequel les envoie au ministre des affaires étrangères ou à toute autre autorité déterminée par les conventions diplomatiques.

Dans les cas où le ministère public reçoit les copies avec mission de les transmettre et où il omet cette transmission, y a-t-il nullité? L'affirmative semble bien résulter des termes généraux de l'article 70. Cependant, on peut écarter l'application de cet article en faisant remarquer que, dans son esprit, il n'a en vue que les irrégularités résultant du fait de la partie ou de son officier ministériel et qu'en outre il serait bien grave de faire retomber sur cette partie les fautes commises par le ministère public dont elle n'est pas responsable (2), d'autant plus qu'elle n'aurait ensuite aucune action contre le ministère public, les conditions de la prise à partie ne se trouvant pas réunies.

Il existe encore un certain nombre d'autres questions non prévues par la loi et qui peuvent parfois donner lieu à des difficultés. Ainsi, en supposant un cas où la copie doit être remise au procureur de la République, appliquera-t-on cette disposition si le procureur de la République est demandeur, soit en qualité de représentant de la société, soit même en son nom personnel? L'affirmative n'est pas douteuse pour nous, quoiqu'en fait, dans ce cas, il se fasse la signification à lui-même. Sa position le met à l'abri de tout soupçon.

Les militaires doivent être assignés au domicile qu'ils avaient lors de leur départ pour l'armée, car ils conservent ce domicile tant qu'ils ne manifestent pas l'intention de le transporter ailleurs (3). Les marins et gens d'équipage d'un navire peuvent être assignés à bord, c'est ce que dit du moins l'article

(1) Voy. sur l'application de cette loi, circulaire ministérielle, justice, 17 avril 1882, *Bulletin du ministère de la justice*, 1882, p. 23.

(2) Req., 12 mai 1886, D. P. 86, 1, 325 et note. Voy. Paris, 21 février 1885, D. P. 86, 2, 93.

(3) Paris, 22 novembre 1894, D. P. 95, 2, 150; Besançon, 14 décembre 1892, D. P. 93, 2, 279.

419 du Code de procédure pour les matières commerciales, et il semble bien raisonnable d'étendre cette disposition aux affaires civiles.

Il va sans dire que les mineurs non émancipés et en tutelle, les interdits légaux ou judiciaires sont assignés en la personne ou au domicile de leur tuteur; les mineurs en puissance paternelle, en la personne ou au domicile de leur père.

Les prisonniers qui ne sont pas frappés d'incapacité restent soumis au droit commun; la copie doit être laissée à leur domicile, à moins qu'elle ne leur soit remise à eux-mêmes entre les deux guichets de la prison. Quant aux bannis, ils sont assimilés aux Français et aux étrangers qui n'ont ni domicile, ni résidence en France.

Lorsqu'il y a plusieurs défendeurs, il faut autant d'originaux et de copies qu'il existe de défendeurs; chaque défendeur doit recevoir sa copie. Quelquefois même, il faut deux copies bien qu'il y ait un seul défendeur, mais alors un seul original suffit pourvu qu'on y mentionne le nombre des copies. C'est ce qui a lieu si un mineur émancipé est assigné en justice dans un cas où il doit être assisté de son curateur, ou encore s'il s'agit d'un pourvu de conseil judiciaire, lequel a toujours besoin de ce conseil pour plaider, ou enfin lorsque l'action est intentée contre une femme dont on met le mari en cause à fin d'autorisation (1).

Rappelons en terminant que les dispositions des articles 68 et 69 ont pour sanction la nullité.

## § 43. — Responsabilité de l'huissier (art. 71 C. pr.).

Lorsque l'ajournement est nul par la faute de l'huissier, il peut être condamné aux frais de l'exploit et de la procédure annulée, sans préjudice des dommages-intérêts dus à la partie, à la condition qu'elle les demande (art. 71 C. pr.). Il semble résulter de l'article 71 que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour mettre le montant des frais à la charge de l'huissier. Mais cet article est rectifié par l'article 1031 qui impose aux tribunaux l'obligation de prononcer cette condamnation contre l'huissier. Celui-ci ne pourrait y échapper qu'en établissant que la faute est imputable au client (2) qui, par exemple, a mal fait connaître le défendeur. Mais si le client veut obliger l'huissier à commettre une irrégularité, par exemple à signifier un acte le dimanche, l'huissier doit refuser son ministère. S'il ne le fait pas, il est responsable de l'irrégularité et tenu des frais de l'acte. Il peut arriver aussi que la responsabilité incombe à l'avoué au lieu de peser sur l'huissier (3). Il est bien entendu que cela ne résulterait pas uniquement de ce que l'acte aurait été écrit par l'avoué ou dans son étude et remis à l'huissier. Cet acte n'en reste pas moins un acte d'huissier, que cet officier

(1) Voy., sur la signification à faire aux femmes mariées, les différentes espèces : Req., 9 novembre 1857, D. P. 58, 1, 77; Pau, 30 avril 1888, D. P. 89, 2, 194; Nancy, 24 juin 1891, D. P. 92, 2, 158. Ce dernier arrêt admet, contrairement aux précédents, qu'une seule signification peut être faite, si les deux époux ont un intérêt commun.

(2) Orléans, 5 août 1851, D. P. 52, 2, 151; req., 15 juillet 1879, D. P. 80, 1, 198.

(3) Montpellier, 29 novembre 1859, D. P. 61, 1, 237; Nîmes, 17 juin 1861, S. 61, 2, 378.

ministériel s'approprie en apposant sa signature ; il est donc responsable de la rédaction et de la signification et, d'une manière générale, de tout ce qui tient à la forme de l'acte. Quant au fond du droit, notamment aux conclusions du demandeur, il semble bien que l'avoué ait le droit de les imposer à l'huissier qui, sous ce rapport et dans cette mesure, est alors dégagé de toute responsabilité (1).

La partie n'obtient de dommages-intérêts contre son huissier qu'autant qu'elle les demande. C'est le droit commun. La condamnation aux frais reposant sur des raisons d'ordre public doit, au contraire, être proposée même d'office par le tribunal. Bien des erreurs ont été commises au sujet de ces dommages-intérêts. On a dit qu'ils supposaient nécessairement une faute lourde de l'huissier, qu'une faute légère ne suffisait pas. Mais où trouve-t-on les traces de cette distinction? C'est aussi une erreur de dire que les dommages-intérêts sont dus par application de l'article 1382 (2), car il y a un contrat, le contrat de mandat, et dès lors il ne peut être question de faute délictuelle, il s'agit d'une faute contractuelle. L'huissier doit même être tenu plus rigoureusement que le mandataire ordinaire, d'abord parce que son mandat est salarié, ensuite parce qu'il est obligatoire (art. 1992 C. civ.).

Les conséquences de la nullité d'un exploit d'ajournement peuvent être fort graves : les intérêts moratoires n'ont pas couru ; la prescription est peut-être maintenant accomplie ; s'il s'agit d'un exploit d'appel, le droit d'appeler peut être perdu. Il sera souvent bien difficile au tribunal d'apprécier le montant des dommages-intérêts. On ne peut pas, en effet, affirmer *a priori* qu'ils seront égaux à la valeur de la demande, en supposant que cette demande ne puisse pas être renouvelée, à cause de la prescription accomplie. Sans doute, cette demande aurait pu réussir. Mais qui dit qu'elle n'aurait pas été écartée en totalité ou pour partie? Les juges chargés de la demande en dommages-intérêts devront donc, pour les fixer, rechercher dans quelle mesure la demande aurait eu chance de succès, si elle avait suivi son cours. De même, s'agit-il de la nullité d'un exploit d'appel, les juges des dommages-intérêts devront examiner si la décision des premiers juges aurait ou non été réformée, et dans quelle mesure ; s'ils estiment que le jugement de première instance aurait été confirmé, ils repousseront la demande en dommages-intérêts (3).

## § 44. — **Délai d'ajournement** (art. 63, 72, 73, 74 C. pr.).

Le délai de l'ajournement est de huitaine (art. 72) ; cette huitaine est franche, car elle part d'une signification à personne ou à domicile (art. 1033 C. pr.). On exclut donc de ce délai le *dies a quo* ainsi que le *dies ad quem*, et il s'augmente d'un jour par cinq myriamètres. En fait, le dixième jour est le dernier pour comparaître, c'est-à-dire pour constituer avoué. Quand une

(1) Cpr. Lyon, 5 août 1865, D. 67. 2, 135.

(2) La jurisprudence paraît vouloir persister dans cette erreur. Req., 2 mars 1891, D. P. 92, 1, 31.

(3) Grenoble, 25 juin 1875, S. 76, 2, 47 ; Bordeaux, 18 juin 1886, D. P. 88, 2, 189 ; Limoges, 10 février 1888, D. P. 89, 2, 261.

partie a fait élection de domicile et est assignée à ce domicile élu, il faut déterminer le délai de comparution en tenant compte de la distance qui sépare le lieu où siège le tribunal de celui où a été faite l'élection de domicile ; le défendeur est en effet censé avoir établi, pour le procès, son domicile au lieu de l'élection. C'est même là le but essentiel de cette clause (1).

Pour les parties qui demeurent hors de la France continentale, il existe des délais spéciaux, aujourd'hui déterminés par la loi du 3 mai 1862, dont le texte a passé dans l'article 73 du Code de procédure. Cette loi a abrégé les délais établis par le Code de procédure, à cause de la facilité actuelle des communications (2). Lorsque le tribunal compétent est situé en Algérie et que le défendeur y est domicilié, il a aussi huitaine franche pour comparaître. Si le défendeur demeure hors de l'Algérie et hors de la France continentale, il jouit, pour comparaître en Algérie, de délais spéciaux déterminés par le décret du 27 juin 1900. Ce décret ne parle pas de ceux qui demeurent en France et sont assignés à comparaître en Algérie ; ils ont donc le délai de huitaine augmenté d'un jour par cinq myriamètres, à raison des distances.

Le délai de huitaine est un minimum que la loi impose au demandeur pour donner au défendeur le temps de comparaître ; mais comme la loi n'a pas fixé de maximum, rien n'oblige le demandeur à se restreindre dans ces délais, et il peut assigner à plus longue échéance (3). De son côté, le défendeur, assigné à un délai plus long que le délai légal, peut renoncer au bénéfice de la prolongation qui lui est accordée, constituer avoué dans la huitaine, et, à l'expiration de cette huitaine, poursuivre l'audience en matière sommaire, ou commencer, en matière ordinaire, à faire courir le délai de quinzaine des écritures.

Mais quel serait son droit, s'il avait au contraire été assigné à un délai plus court que le délai légal ? On a soutenu qu'il pourrait demander la nullité de l'exploit en invoquant l'article 61, qui exige, à peine de nullité, l'indication du délai pour comparaître, or ce délai n'a pas été indiqué. Nous ne pensons pas que la loi soit aussi sévère. Tout ce que veut le législateur, c'est qu'un délai soit mentionné, celui que le demandeur croit être le délai légal, et il y aurait nullité si aucun délai n'était mentionné. Or, dans l'hypothèse, un délai a été indiqué, et il n'est pas permis de dire que, le délai ayant été mal calculé, l'exploit est entaché de nullité, car ce serait étendre la nullité d'un cas à un autre, alors qu'au contraire les nullités sont de droit étroit. Lorsque le défendeur a été assigné à un délai plus court que celui de la loi, plusieurs hypothèses peuvent se présenter : ou le défendeur accepte ce délai et constitue avoué avant son expiration, et alors l'affaire est valablement engagée, car chacun peut renoncer aux délais établis en sa faveur; ou bien le défendeur constitue avoué à l'expiration du délai légal, et non à celle du

(1) Lyon, 4 août 1893, D. P. 93, 2, 582. Voy. *Jur. gen.*, *Suppl.*, v° *Délai*, n° 79.

(2) Jugé que l'assignation donnée à un défendeur, demeurant dans un État limitrophe de la France, non dans le délai fixe d'un mois de l'article 73, mais dans le délai de huitaine franche augmenté des distances est néanmoins valable alors du moins que ce dernier délai est plus long que celui d'un mois fixé par la loi. Req., 28 décembre 1875, S. 76, 1. 472.

(3) Req., 28 décembre 1875, D. P. 76, 1, 63.

délai indiqué par l'assignation, et alors, si l'affaire n'est pas encore commencée à l'audience, elle va suivre son cours régulier, et le défendeur aura quinze jours, à partir de sa constitution d'avoué, pour rédiger ses défenses ; mais si le demandeur a obtenu, à l'expiration du délai contenu dans l'assignation, jugement par défaut faute de comparaître, le défendeur pourra y faire opposition ; sur son opposition, l'affaire reviendra au tribunal, et les frais de la première instance par défaut resteront définitivement à la charge du demandeur, même si plus tard il triomphe sur le fond. Reste un troisième cas : le défendeur constitue avoué dans le délai trop court indiqué par l'ajournement, mais, en même temps, il se réserve le bénéfice du droit commun et déclare que le délai de quinzaine ne courra pour ses défenses que du jour de l'expiration de la huitaine franche (1).

Dans les cas qui requièrent célérité, le président du tribunal peut permettre d'assigner à bref délai, par ordonnance rendue sur requête. Si le président est empêché, l'ordonnance est rendue par un juge ; elle porte ordinairement commission d'un huissier pour l'assignation, mais c'est là une disposition de pure pratique, qui n'est pas prescrite par la loi, et il n'y aurait pas nullité si elle n'était pas observée. La loi n'indique pas non plus au président quel sera le bref délai. En pratique, le président le fixe ordinairement à trois jours francs, mais il pourrait préférer un autre délai, pourvu que ce ne fût pas celui de jour à jour, ou celui d'heure à heure, parce qu'alors le délai cesserait d'être franc, ce que la loi n'a pas permis, du moins en matière civile, et à la différence de ce qui a lieu en matière commerciale (art. 417 C. pr., duquel on tire un argument *a contrario* décisif).

Une autre question, plus délicate, est celle de savoir si le président peut abréger, non seulement le délai de huitaine, mais encore et aussi celui qui résulte de l'augmentation à raison des distances. La jurisprudence décide volontiers que l'abréviation porte seulement sur la huitaine, mais non pas sur l'augmentation résultant des distances, par la raison que la célérité, qui permet d'abréger la huitaine, ne fait pas cesser la distance (2). Mais cependant, la loi étant générale, il semble bien que le président puisse abréger même le délai résultant des distances, et cette solution s'impose particulièrement aujourd'hui, à cause de la facilité des communications. On se demande aussi si le président peut, pour cause de célérité, abréger les délais spéciaux accordés par l'article 73 à ceux qui demeurent hors de France. Nous ne le pensons pas. Le pouvoir du président se limite au délai de huitaine franche, augmenté d'un jour par cinq myriamètres ; c'est ce qui résulte de la place qu'occupe la disposition consacrée à cette règle dans le code, qui l'a mise dans l'article 72 relatif au délai de huitaine.

La loi n'exige pas que l'ordonnance autorisant l'abréviation soit notifiée à l'assigné avec l'ajournement (3), mais cette signification est cependant utile, car elle avertit le défendeur du motif pour lequel l'exploit fixe un délai plus court que le délai légal ordinaire, et si le défendeur n'était pas prévenu, il pourrait ne comparaître qu'à l'expiration du délai ordinaire, en disant

(1) *Contra* Chambéry, 19 juillet 1887, D. P. 88, 2, 89.
(2) Cass., 29 mai 1866, S. 66, 1, 291 ; Limoges, 14 décembre 1878, S. 79, 2, 267.
(3) Req., 19 juin 1888, D. P. 88, 1, 449.

qu'il avait cru qu'une erreur avait été commise dans l'indication du délai ; en cas de bonne foi de sa part, il pourrait faire annuler le jugement par défaut qui aurait été obtenu contre lui.

C'était autrefois une question fort controversée, que celle de savoir si l'ordonnance qui abrège le délai de comparution est susceptible de recours. Les uns estimaient qu'elle était rendue par défaut, puisque le demandeur l'obtient sur requête adressée directement au président, sans mettre en cause le défendeur, et ils en concluaient que le défendeur avait le droit d'opposition. D'autres soutenaient qu'il s'agit d'une véritable ordonnance de référé; elle serait dès lors susceptible d'appel, mais non d'opposition (art. 809 C. pr.). Ces deux opinions sont aujourd'hui reconnues inexactes; elles partent d'une fausse appréciation de la nature de cette ordonnance. On croyait à tort que l'ordonnance qui autorise à assigner à bref délai, intervenant à l'occasion d'une affaire contentieuse, est de même nature. Or, c'est là précisément une erreur. La juridiction contentieuse, on l'a vu, suppose un conflit entre deux personnes ; lorsqu'une partie s'adresse directement au juge pour en obtenir une décision, une sorte d'ordre judiciaire, l'acte devient de juridiction gracieuse, et comme il ne juge rien, puisqu'il ne tranche pas un conflit, il n'est pas non plus susceptible de voies de recours. Tel est précisément le cas de l'ordonnance autorisant à assigner à bref délai : le demandeur l'obtient directement, sans mettre en cause le défendeur. Cette ordonnance ne juge rien, pas même la question de célérité, et elle n'est dès lors susceptible d'aucune voie de recours. Il y a en outre une raison spéciale pour exclure l'opposition : celle-ci est réservée à la partie qui fait défaut, et on ne peut pas dire que tel soit le cas du défendeur. Pour faire défaut, il faut en effet deux conditions : avoir été appelé, et n'être pas venu. Or, le défendeur n'est sans doute pas venu devant le président, mais il n'y a pas non plus été appelé (1).

Il pourra sans doute arriver parfois que le demandeur surprenne la religion du président, et obtienne l'autorisation d'assigner à bref délai, quoique l'affaire ne requière pas célérité. Mais le défendeur ne sera pas victime de cette manière d'agir. Tout ce qu'on exige de lui, dans le délai de comparution, c'est de constituer avoué, et il peut toujours le faire; puis ensuite, devant le tribunal, le défendeur pourra établir que l'affaire ne requiert pas célérité, car on se souvient que rien n'a été jugé par le président, et demander le bénéfice du délai ordinaire, de sorte que le délai de quinzaine de sa requête en défense ne courra que du jour de l'expiration du délai de huitaine (2). De même, nous avons vu que, rien n'étant jugé par le président, le défendeur peut aussi soutenir, devant le tribunal, qu'il n'y a pas lieu à dispense de conciliation pour cause de célérité, et que l'ajournement est nul pour n'avoir pas été précédé de cette formalité. Si le tribunal admet cette prétention, il fera en effet tomber la procédure.

(1) Ne pas confondre avec cette ordonnance celle par laquelle le président de la chambre des vacations permet d'assigner à l'une des audiences de cette chambre et fixe ainsi le jour où la cause sera appelée; elle n'est qu'une mesure d'ordre et ne peut par conséquent pas non plus être attaquée par les voies de recours. Rennes, 20 mai 1879, S. 81, 2, 141.

(2) Limoges, 14 décembre 1878, S. 79, 2, 267.

La loi, après avoir posé le système général du délai de comparution, y apporte une modification pour le cas spécial de l'article 74 du Code de procédure. Cet article suppose qu'une personne domiciliée hors de France s'y trouve cependant au moment où l'assignation est lancée et qu'elle reçoit même en personne copie de cette assignation en France. On la prive alors du bénéfice des délais spéciaux établis pour les personnes domiciliées hors de France et on la soumet au délai ordinaire de huitaine, sauf au tribunal à le prolonger s'il y a lieu. On remarquera que l'application de l'article 74 du Code de procédure suppose nécessairement que l'assignation a été remise à personne en France. Rien n'est plus facile alors au défendeur que de constituer avoué dans la huitaine. Mais il peut arriver que ce défendeur n'ait pas sous la main les preuves de sa défense, qu'il soit obligé de communiquer avec son domicile ; dans ce cas, il demandera des délais spéciaux au tribunal qui les lui accordera (art. 74 C. pr.). L'article 74 étant exceptionnel ne saurait s'étendre au cas d'un défendeur français domicilié en France, mais à une certaine distance du tribunal, et auquel l'exploit serait remis au lieu même où siège le tribunal. Ce défendeur n'est pas privé, dans ce cas, comme on l'a dit parfois à tort, du bénéfice de l'augmentation résultant des distances.

## § 45. — Des effets de l'ajournement.

La loi ne s'occupe pas, à notre titre, des effets produits par l'acte d'ajournement et par sa signification. Ces effets sont nombreux et variés et se rattachent à diverses autres parties du droit ; aussi nous suffira-t-il d'en donner un tableau succinct.

1. L'acte d'ajournement, comme tout autre exploit d'huissier, est un acte solennel imposé non seulement pour les preuves, mais aussi pour l'existence même de l'assignation. Aussi doit-il se suffire à lui-même et, par exemple, s'il ne contenait pas la date ou le « parlant à », il serait nul, même dans le cas où on offrirait de prouver cette date ou la remise de l'acte par témoins (1).

2. L'ajournement étant un acte d'huissier fait foi de ce qu'il contient jusqu'à inscription de faux et en tant qu'il s'agit des mentions que l'huissier a le devoir de constater. Ainsi, il y aurait lieu de s'inscrire en faux pour prouver que la date exacte de la signification n'est pas celle contenue dans l'exploit ou encore que l'exploit a été remis à une personne autre que celle qu'il mentionne (2). Mais la loi n'a pas prescrit à l'huissier de constater les réponses ou observations qui peuvent lui être faites par la personne à laquelle il remet la copie. S'il relate ces paroles, il le fait à tort et sans être dans ses fonctions. D'ailleurs, l'exploit n'est pas nul et on pourra, sans s'inscrire en faux, prouver que les réponses ou observations de la personne qui a reçu la copie sont différentes de ce que constate l'exploit.

3. L'ajournement crée pour le défendeur l'obligation de comparaître, c'est-à-dire de constituer avoué, et pour chacune des parties celle de conclure à l'appel de la cause, au risque d'être considérée comme défaillant.

(1) Caen, 26 décembre 1893, S. 95, 2, 93.
(2) Cass., 5 juillet 1882, S. 84, 1, 115 ; Cass., 10 juillet 1885, S. 86, 1, 310.

4. L'ajournement rend le droit et l'objet litigieux dans le sens de l'article 1597 du Code civil, mais, au point de vue du retrait litigieux, le droit n'aura ce caractère qu'à partir du moment où le défendeur aura répondu par des conclusions sur le fond (art. 1699 C. civ.).

5. Les juges sont tenus de statuer, au risque de commettre un déni de justice.

6. L'ajournement met le débiteur en demeure ; ce n'est pas ici le lieu de parler des effets de la demeure. Deux mots seulement au sujet des intérêts moratoires d'une somme d'argent, à propos du septième effet.

7. L'ajournement interrompt la prescription et fait courir les intérêts moratoires, en supposant que ce double effet n'ait pas déjà été produit par la citation en conciliation, soit que l'affaire rentre parmi celles que la loi dispense de la tentation de conciliation, soit que la non conciliation ou la non comparution remonte à plus d'un mois avant l'ajournement. L'interruption de prescription ne serait pas produite dans les quatre cas de l'article 2247. Mais l'assignation interrompt la prescription, même si elle est faite devant un juge incompétent, par dérogation au principe qu'un acte nul ne doit produire aucun effet : la loi n'a pas voulu qu'une erreur de compétence pût porter un préjudice grave au demandeur, peut-être amener l'extinction de son droit (art. 2246 C. civ.). Mais la loi n'ayant rien dit pour ce cas des intérêts moratoires, il faut bien à ce point de vue appliquer le droit commun et décider que l'ajournement devant un juge incompétent ne les fait pas courir (1).

A propos du cours des intérêts moratoires, il s'est élevé une controverse qui divise encore aujourd'hui les jurisconsultes. Pour que ces intérêts moratoires courent, faut-il que le demandeur les réclame ? Et si, au lieu de les réclamer dans l'ajournement, il n'y conclut que pendant l'instance, a-t-il droit aux intérêts moratoires du jour de l'ajournement ou seulement du jour où il les a demandés ?

On a parfois dit que la demande du capital d'une somme d'argent suffit pour faire courir de plein droit les intérêts moratoires, en se fondant sur l'article 1153 du Code civil qui ne parle, a-t-on dit, que de la demande du capital. Il est certain que cet article 1153 consacre pour les dettes de sommes d'argent un certain nombre de dérogations au droit commun; il exige notamment une demande en justice pour que les intérêts moratoires puissent courir. Cette disposition vient d'être abrogée par la loi du 7 avril 1900, en ce sens qu'une simple sommation peut aujourd'hui produire le même effet. Mais si la demande en justice n'est plus le seul moyen de faire courir les intérêts moratoires, elle n'en produit pas moins cet effet toutes les fois qu'on y recourt. Seulement, est-il bien certain que l'article 1153 se contente de la demande du capital pour que les intérêts courent de plein droit? Ce serait une autre dérogation au droit commun, à la règle que les parties ne peuvent obtenir que ce qu'elles demandent et que les juges violent la loi lorsqu'ils statuent *ultra petita*. Le texte de l'article 1153 n'est

(1) Civ. cass., 25 mai 1887, D. P. 88, 5, 266; Trib. de la Seine, 2 décembre 1893, D. P. 94, 2, 465.

pas assez précis pour autoriser une pareille interprétation ; il parle sans doute, dans son dernier alinéa, de la demande, sans s'expliquer davantage, mais la suite de l'article montre bien qu'il s'agit de la demande des intérêts. D'ailleurs, la loi est formelle et exige que les intérêts moratoires soient demandés pour qu'ils puissent être accordés en matière d'obligation solidaire (art. 1207 C. civ.), et si on applique le droit commun en matière solidaire, on ne voit pas pour quelle raison il serait permis de s'en écarter dans les autres matières.

Le demandeur doit donc conclure aux intérêts moratoires pour y avoir droit et, si le tribunal les lui accordait malgré son silence, le jugement serait nul pour avoir statué *ultra petita* et la nullité pourrait être demandée par appel ou par requête civile, selon que ce jugement serait en premier ou en dernier ressort.

Certains auteurs, tout en admettant cette solution, ajoutent que le créancier a droit aux intérêts moratoires du jour de l'ajournement, même s'il ne les a pas demandés dans cet acte, mais seulement au cours de l'instance et par des conclusions additionnelles (1). Ils se fondent sur ce que les dommages-intérêts sont dus à partir de la demeure et que le débiteur se trouve en demeure par la demande en justice. Mais alors il serait plus logique d'admettre, comme les partisans du premier système, que la demande du capital, suffisante pour mettre en demeure, fait aussi courir les intérêts moratoires. Il semble bien résulter, au contraire, du texte des articles 1153 et 1207 du Code civil que, sous ces rapports, la loi n'a pas entendu s'écarter du droit commun. Elle veut au contraire que la dette ne commence à s'accroître contre le débiteur qu'autant que celui-ci a été prévenu par le créancier. Il serait parfois très rigoureux de faire remonter jusqu'au jour de l'ajournement, qui date peut-être déjà d'une époque éloignée, les intérêts moratoires demandés au cours du procès. Nous déciderons donc, et toujours en vertu du droit commun, qu'on doit appliquer, dès que la loi ne s'en écarte pas d'une manière précise, la règle que les intérêts moratoires courent du jour où ils sont demandés, soit du jour de l'ajournement, s'ils y sont compris dans les conclusions, soit du jour de la demande additionnelle faite au cours du procès (2), et dans ce dernier cas, sans effet rétroactif (3).

Lorsque les intérêts moratoires commencent à courir par l'effet d'une demande en justice, ils ne deviennent cependant exigibles qu'à partir du jugement et encore faut-il que celui-ci ne soit pas attaqué par une voie de recours ordinaire. Il en résulte que pendant toute la durée du litige, quelque longue que soit l'instance, ils échappent à la prescription de cinq ans de l'article 2277 du Code civil (4).

8. En matière réelle ou mixte immobilière, l'ajournement met le possesseur

(1) Civ. cass., 26 février 1867, D. P. 67, 1, 74; civ. cass., 27 février 1877, D. P. 77, 1, 210; Cass., 24 février 1891, S. 91, 1, 120.

(2) Une demande reconventionnelle en intérêts moratoires, formée par le défendeur au cours de l'instance, ferait aussi courir les intérêts moratoires à son profit, car elle constitue bien une demande en justice.

(3) Toulouse, 1er février 1877, S. 78, 2, 262; civ. cass., 9 février 1864, S. 64, 1, 139.

(4) Civ. cass., 17 mars 1880, S. 82, 1, 405.

de mauvaise foi en demeure, ce qui l'empêche de s'attribuer les fruits (art. 549 et 550 C. civ.); il le fait tomber sous l'application des dispositions de l'article 555 du Code civil relatives au possesseur de mauvaise foi, s'il entreprend des ouvrages, travaux ou constructions (1).

9. L'ajournement ouvre l'instance et en détermine l'étendue. Le demandeur pourra sans doute, au cours du procès, ajouter des demandes incidentes à la condition qu'elles aient rapport avec la demande principale, mais s il voulait former une demande absolument distincte de la première, le défendeur aurait le droit de s'y opposer et d'exiger une nouvelle assignation précédée, s'il y a lieu, d'une tentative de conciliation.

10. Certains auteurs ajoutent un dernier effet et prétendent que l'ajournement rend transmissibles aux héritiers ou contre eux les actions qui auparavant étaient personnelles au demandeur ou contre le défendeur. C'est, en effet, la solution que proposait déjà Pothier dans notre ancien droit dans son *Traité des donations entre vifs* (n° 205), et on prétend que les articles 330 et 957 du Code civil ne sont que des applications de cette règle.

Même en supposant que les deux articles du Code civil précités aient voulu que l'action devînt transmissible activement ou passivement, par cela seul qu'il y a eu un ajournement, il faut bien reconnaître que ce sont là des particularités et qu'une théorie générale tout à fait différente se dégage du Code de procédure, notamment des dispositions relatives à la reprise d'instance et à la constitution de nouvel avoué. Nous verrons à propos de cette matière que ce qui rend vraiment l'action, à l'origine réservée au demandeur ou contre le défendeur, transmissible aux héritiers de l'un ou contre les héritiers de l'autre, c'est seulement la mise de l'affaire en état. Tant qu'une cause n'est pas en état (art. 344, 345 C. pr.), c'est-à-dire en état de recevoir jugement, ce qui a lieu en matière ordinaire tant que les conclusions n'ont pas été échangées à l'audience, l'instance est interrompue par le décès de l'une des parties et ne peut être reprise par ses héritiers ou contre eux si l'action était réservée au défunt ou contre lui, car elle ne se trouve plus activement ou passivement dans son patrimoine. Au contraire, dès que l'affaire est en état, rien ne peut plus interrompre l'instance, ce qui revient à dire que l'action intentée par le défunt ou contre lui se poursuit toujours par ses héritiers ou contre ses héritiers, même alors qu'elle était à l'origine essentiellement personnelle. La mise de la cause en état produit ainsi et sous ce rapport un effet semblable à celui qui était attaché chez les Romains, sous le système formulaire, à la *litis contestatio* (2). Pothier rejetait, il est vrai, autrefois cette solution et voulait que la transmission de l'action se fit à partir de la demande. Mais son opinion était contestée et Ricard notamment, dans son *Traité des donations* (3e part. nos 708 et suiv.) n'admettait la transmission qu'à partir de la contestation en cause.

(1) Civ. cass., 9 février 1864, D. P. 64, 1, 72; Agen, 27 mars 1843, D. P. 44, 2, 6.
(2) L. 26, *De obligationibus et actionibus*, 44, 7.

# CHAPITRE III

## LA PROCÉDURE ORDINAIRE DEPUIS L'AJOURNEMENT JUSQU'AU JUGEMENT (ART. 75 à 93).

### § 46. — Comparution des parties (art. 75 et 76 C. pr.).

Pour qu'un procès s'engage contradictoirement, il faut que les deux parties comparaissent et qu'ensuite elles concluent à l'appel de la cause devant le tribunal. Le demandeur a déjà comparu dans l'ajournement et, à vrai dire, il comparaît toujours nécessairement. Comparaître, c'est en effet, de la part du demandeur, offrir le débat et, de la part du défendeur, accepter cette offre. Le demandeur comparaît donc par cela même qu'il fait l'ajournement. Quant au défendeur, il comparaît dans les juridictions d'exception (tribunaux de commerce, tribunaux de paix, conseils de prud'hommes) en se présentant en personne ou en envoyant un mandataire à sa place. Mais devant les tribunaux d'arrondissement en matière civile et devant les cours d'appel en toutes matières, même commerciales, la loi impose aux parties, pour leur comparution, une forme spéciale. La comparution n'est plus le fait, de la part du demandeur, de dresser un ajournement ni, de la part du défendeur, celui de venir à l'audience en personne ou par mandataire. Le ministère des avoués est obligatoire et la comparution consiste précisément dans une constitution d'avoué, de telle sorte que, devant ces juridictions ordinaires, comparaître et constituer avoué sont synonymes. On a vu que le demandeur doit déjà constituer avoué dans l'ajournement ; autrement, il ne comparaîtrait pas et cet acte serait nul. De son côté, le défendeur ne comparaîtrait pas s'il venait en personne à l'audience. S'il veut comparaître, c'est-à-dire accepter le débat offert, il doit constituer avoué. Le défendeur, même s'il est présent à l'audience, fait défaut dès qu'il ne constitue pas avoué et, réciproquement, il comparaît dès qu'il constitue avoué, lors même qu'il ne viendrait jamais à l'audience de l'affaire.

Les cas dans lesquels une partie est dispensée de constituer avoué sont relativement rares et nous les avons fait connaître en nous occupant de ces officiers ministériels.

Le défendeur a, en principe, on s'en souvient, huit jours francs pour comparaître, c'est-à-dire pour constituer avoué (art. 75 C. pr.).

L'acte de constitution d'avoué de la part du défendeur est un acte d'avoué à avoué. Il se compose de deux parties : l'une rédigée par l'avocat et signée par lui sur la copie et sur l'original, c'est à proprement parler l'acte de constitution ; l'autre émanée d'un huissier audiencier (1) et par laquelle il atteste avoir signifié l'acte à l'avoué adverse, soit à sa personne, soit à son étude,

(1) Nous avons vu que ce sont ces huissiers qui jouissent du privilège de signifier les actes d'avoué à avoué.

en parlant à l'un de ses clercs. Par cet acte, l'avoué du défendeur se légitime lui-même vis-à-vis de l'adversaire ; il lui déclare qu'il a de son côté reçu mission d'occuper et de répondre à l'attaque. La remise de cet acte n'est pas entourée des précautions prises pour celle des exploits d'ajournement : les relations habituelles entre avoués et huissiers les rendent inutiles. La mention des domiciles, celle de l'immatricule de l'huissier, etc., n'auraient aucun sens.

Si le défendeur ne constitue pas avoué dans la huitaine franche ou si cet avoué ne notifie pas sa constitution à l'avoué du demandeur dans le même délai, le demandeur a le droit de considérer le défendeur comme faisant défaut, faute de comparaître, et de prendre défaut contre lui. Mais le demandeur peut renoncer à ce droit et autoriser le défendeur à constituer avoué, même après l'expiration des délais. Il y a plus : tant que le demandeur n'a pas pris jugement par défaut, on autorise le défendeur à constituer avoué, le silence du demandeur équivalant à un consentement tacite (1).

Par exception, lorsque le défendeur a été assigné à bref délai, on ne l'oblige plus à constituer avoué, ni son avoué à notifier sa constitution dans le délai d'ajournement, précisément parce que ce délai est très court. Il a le droit de constituer avoué à l'audience même où l'affaire est appelée, et le tribunal donne acte à l'avoué qui se présente en son nom de sa constitution par un jugement qui n'a pas besoin d'être levé. Seulement, l'avoué du défendeur doit, le jour même, réitérer sa constitution par acte d'avoué à avoué, pour que l'avoué du demandeur ait en main la preuve de la constitution d'avoué du défendeur. Si cet avoué du défendeur ne notifiait pas le jour même de l'audience sa constitution à son confrère, celui-ci aurait le droit de lever, aux frais de l'avoué négligent, le jugement qui a donné acte de la constitution d'avoué du défendeur, et cette expédition deviendrait pour l'avoué du demandeur la preuve de la constitution d'avoué du défendeur (art. 76 C. pr.).

Une fois les deux avoués constitués, il est certain qu'il ne peut plus être question de défaut faute de comparaître. Mais le défaut faute de conclure, comme nous le verrons bientôt, peut encore se présenter. L'affaire ne devient, en effet, contradictoire qu'autant que les deux parties posent qualité, c'est-à-dire leurs conclusions (2), par leurs avoués à l'appel de la cause ; les conclusions qu'elles ont pu échanger antérieurement n'empêcheraient pas le défaut.

La constitution d'avoué de la part de chaque partie vaut mandat pour l'avoué à l'effet de postuler et de conclure au nom de son client. Ce mandat peut être donné d'une manière expresse ou tacite et il résulte notamment de la remise ou de l'envoi des pièces (3). Quoique soumis, sous certains rapports, à des règles particulières, il est révocable suivant le droit commun ; mais la révocation ne produit pas ici ses effets ordinaires (art. 75 C. pr.).

(1) Paris, 4 janvier 1876, D. P. 78, 2, 68.

(2) Encore faut-il que ces conclusions portent sur le fond du débat. Nous verrons plus loin que l'avoué, qui ne pose conclusions que pour opposer une exception, n'est pas considéré comme prenant qualité et que l'affaire ne serait pas contradictoire.

(3) Cass., 18 février 1851, S. 51, 1, 353 ; Cass., 10 juillet 1884, S. 86, 1, 421.

Cette révocation devrait mettre fin d'une manière absolue aux pouvoirs de l'avoué ; mais alors il dépendrait de la mauvaise foi d'une partie de nuire à son adversaire, d'entraver l'instance au moyen d'une révocation de mandat. Pour empêcher cette fraude, le législateur a décidé que l'avoué révoqué n'en continuerait pas moins à recevoir valablement les significations de l'adversaire jusqu'à constitution de nouvel avoué. L'avoué révoqué et non remplacé ne peut donc plus faire d'actes pour le compte de son client, mais il reçoit valablement signification des actes de la partie adverse ; il cesse d'être mandataire actif, mais il reste mandataire passif.

Quand un avoué a un procès, il peut, sans aucun doute, se constituer pour lui-même. Il va sans dire aussi qu'un avoué peut être valablement constitué pour plusieurs parties qui ont le même intérêt. En pratique, on autorise même un avoué à occuper pour les deux parties dans les instances fictives, telles qu'un partage en justice, et parfois aussi dans des instances sérieuses un avoué est constitué par deux parties ayant des intérêts distincts, auquel cas il occupe pour une partie sous son nom et pour l'autre sous celui d'un confrère. Mais ces derniers procédés ne sont pas réguliers. Il arrive parfois que, dans un petit tribunal, les parties engagées au procès et ayant des intérêts distincts sont si nombreuses qu'il n'y a pas assez d'avoués pour les représenter toutes. Dans ce cas, le premier degré de juridiction compétent d'après la loi faisant défaut faute d'avoués, la partie la plus diligente s'adresse au second, c'est-à-dire à la cour d'appel qui désigne un autre tribunal de son ressort pour connaître de l'affaire.

Telle que nous venons de l'exposer, la procédure civile des tribunaux d'arrondissement est la même pour toutes les affaires, depuis la citation en conciliation jusqu'à la constitution d'avoué par le défendeur inclusivement. A partir de ce moment, la loi établit trois procédures différentes : la première de droit commun appelée procédure ordinaire, précisément parce qu'on l'applique, en principe, dans tous les cas, les deux autres d'une nature exceptionnelle ; l'une appelée procédure sommaire, l'autre procédure de l'instruction par écrit.

### § 47. — **Requêtes en défense et en réponse** (art. 77 à 82 C. pr.).

La procédure ordinaire se compose d'écritures facultatives qui précèdent l'audience et s'échangent entre les avoués des plaideurs, puis ensuite et surtout de plaidoiries à l'audience. La procédure sommaire se fait sans écritures, mais après échange de conclusions par simple acte, comme nous le verrons plus loin, et les juges sont surtout instruits par des plaidoiries à l'audience. Dans l'instruction par écrit, c'est l'inverse qui se produit : les plaidoiries sont supprimées et les magistrats sont mis au courant de l'affaire par les écritures des parties et par la production de leurs pièces. La procédure sommaire ne s'applique qu'aux affaires déterminées par la loi elle-même ; elle suppose des procès qui sont simples ou d'un intérêt modique ou qui requièrent célérité. La loi abandonne, au contraire, à l'appréciation des tribunaux la question de savoir si une affaire, à raison de sa complication, peut être soumise à l'instruction par écrit.

Il nous faut voir maintenant comment se poursuit une affaire ordinaire lorsque le défendeur a constitué avoué.

Les affaires ordinaires sont d'abord instruites au moyen de certaines écritures qui précèdent et préparent les plaidoiries. La loi appelle ces écritures des défenses ou des réponses ou encore des requêtes en défense et des requêtes en réponse, suivant qu'elles émanent du défendeur ou du demandeur; dans la pratique, elles sont connues sous le nom de conclusions grossoyées, uniquement parce qu'elles sont écrites en grosses lettres. Ces écritures sont toujours facultatives, et les délais qui sont donnés pour les faire et les signifier ne sont pas non plus prescrits à peine de déchéance.

La loi donne à l'avoué du défendeur quinze jours pour rédiger et signifier sa requête.

Cette quinzaine court du jour où le défendeur a constitué avoué, si cette constitution a eu lieu dans le délai de la loi, c'est-à-dire dans le délai d'ajournement; mais si cette constitution a été faite après son expiration, la quinzaine des défenses court du jour de cette expiration du délai d'ajournement. Autrefois, les écritures étaient obligatoires et si le défendeur s'en abstenait, le demandeur pouvait prendre contre lui un jugement par défaut faute de défense (1).

Comme ces écritures sont aujourd'hui facultatives, le défendeur peut garder le silence sans encourir aucun défaut, et comme le délai n'est pas fatal, il peut encore rédiger sa requête après son expiration, tant que le demandeur n'a pas poursuivi l'audience. Celui-ci se trouve donc pour le moment dans la situation suivante : il ne peut rien faire pendant la quinzaine donnée au défendeur pour préparer sa requête ; s'il se permettait un acte de procédure, ne serait-ce que pour appeler le défendeur à l'audience, cet acte serait nul et le jugement qu'il pourrait obtenir par défaut contre le défendeur serait également entaché d'une nullité que celui-ci pourrait faire valoir par voie d'opposition. Une fois la quinzaine expirée plusieurs cas peuvent se présenter :

1° Ou bien le défendeur n'a pas signifié ses défenses ; le demandeur a le droit de poursuivre l'audience sans plus attendre, mais il peut aussi laisser le défendeur, quoique tardivement, produire ses défenses.

2° Ou bien le défendeur a signifié ses défenses. Ce sont la réfutation des moyens de la demande; elles contiennent l'exposé des motifs de fait et de droit invoqués par le défendeur, les conclusions du défendeur, l'offre de comniquer les pièces à l'appui.

Le défendeur ayant signifié ses défenses dans la quinzaine, le demandeur a huit jours pour rédiger et signifier sa réponse. Ce délai pour répondre au défendeur est plus court que celui donné au défendeur pour répondre au demandeur. C'est qu'en effet les deux parties ne sont pas dans la même situation. Le défendeur qu'on vient attaquer a besoin d'un plus grand nombre de jours pour rechercher ses titres, se consulter, se préparer : le demandeur peut répondre plus tôt, car il avait déjà pris son temps avant de commencer les hostilités et il était préparé à la lutte (art. 77 et 78 C. pr.).

(1) Aussi ce défaut faute de défense a-t-il disparu de la procédure.

Ce délai de huitaine n'est pas de rigueur et le demandeur peut encore répondre après son expiration, tant que le défendeur n'a pas poursuivi l'audience. Ce droit de demander l'audience est en effet commun aux deux parties, une fois que le délai donné à l'une ou à l'autre pour faire ses écritures est expiré. Ainsi, après la quinzaine du défendeur ou après la huitaine du demandeur, chacun des plaideurs peut poursuivre l'audience, qu'il ait ou non fait des écritures (art. 79 et 80 C. pr.) (1).

Mais quand le demandeur a répondu, le défendeur peut-il adresser de nouvelles défenses en réponse à la réponse du demandeur et le demandeur de son côté pourrait-il faire une seconde requête et ainsi de suite? Toutes ces écritures faites après la réponse du demandeur seraient certainement valables, mais la loi, pour empêcher les abus si fréquents que se permettaient autrefois les procureurs, a pris un certain nombre de précautions qu'il est maintenant nécessaire de faire connaître.

1° La loi ne laisse mettre en taxe qu'une requête de la part de chaque partie. Si elles font d'autres requêtes grossoyées, celles-ci, quoique valables, n'entrent pas en taxe, c'est-à-dire restent à la charge de celui qui les a faites, même s'il gagne le procès (art. 80 C. pr.). Cette disposition est empruntée à l'ordonnance de 1667. Auparavant, à la réponse ou réplique du demandeur, le défendeur répondait par une duplique; puis venait la triplique du demandeur à laquelle succédaient les additions premières, secondes, etc.

2° Si les écritures signifiées d'avoué à avoué contiennent des répétitions, des inutilités qui n'ont d'autre but que d'augmenter les frais du procès, le juge chargé de la taxe devra retrancher tout ce qui est frustratoire (art. 72 du tarif civil et art. 1031 C. pr.).

3° L'avoué doit, à la fin de chaque signification d'écritures, déclarer le nombre des rôles employés dans ces écritures, tant sur l'original que sur la copie, à peine de rejet de la taxe (art. 74 du tarif; cpr., art. 104 C. pr. qui s'applique encore ici). On entend par rôle le recto et le verso d'une page d'écriture. Cette disposition empêche d'autres fraudes qui consistaient autrefois, de la part du procureur qui avait gagné, à ajouter après coup d'énormes cahiers d'écritures qui n'avaient jamais été signifiées, ce qu'on appelait *faire des ventres de requêtes* pour augmenter les émoluments. Les pièces des procès étaient si volumineuses que les procureurs étaient obligés de les placer dans de véritables sacs.

4° L'original d'une écriture grossoyée doit contenir sur chaque page au moins vingt-cinq lignes et dans chaque ligne au moins douze syllabes (art. 72 du tarif civil). Autrement les avoués, étant rémunérés à raison de chaque rôle, n'écriraient que quelques lignes sur chaque page et quelques mots sur chaque ligne pour augmenter le nombre des rôles et par cela même aussi le chiffre de leurs émoluments.

Pour les copies, l'abus contraire était à craindre. Les avoués en étaient arrivés, dans le but de restreindre la consommation du papier timbré, à écrire les copies en caractères si serrés qu'elles étaient illisibles. Un décret du

(1) Dans la pratique, et notamment à Paris, on ne tient aucun compte de ces délais, les défenses et les répliques ne sont signifiées qu'après que l'affaire a été mise au rôle et portée à l'audience; on évite ainsi une perte de temps de trois semaines aux plaideurs.

30 juillet 1882 défend de mettre plus de trente lignes à la page et de trente syllabes à la ligne. Cette disposition a perdu une partie de son importance depuis que les requêtes ne se rédigent plus sur papier timbré.

On a beaucoup discuté sur l'utilité de ces écritures, qui comptent des partisans et des détracteurs. Il est certain qu'on pourrait leur donner un rôle important dans la procédure, si les avoués consentaient à les rédiger eux-mêmes et si les juges prenaient la peine de les lire. Une requête bien faite serait de nature à renseigner utilement le juge et à l'éclairer. Mais, dans la pratique, les requêtes ne sont plus qu'un moyen de procurer des émoluments aux avoués. Ceux-ci en confient la rédaction à des clercs inexpérimentés qui se bornent à extraire des compilations juridiques certains passages ayant plus ou moins de rapport avec le procès, et les juges au courant de ces habitudes se gardent de les lire. Le mieux serait donc de les supprimer, car elles n'instruisent ni les avoués entre eux, ni les juges, même lorsque ceux-ci ordonnent le dépôt des pièces sur le bureau. Il y aurait toutefois lieu de remplacer les émoluments que perdraient les avoués par cette suppression au moyen d'autres établis sur des bases différentes.

### § 48. — Communications au ministère public (art. 83 et 84 C. pr.).

Nous venons de supposer que les écritures ont été échangées avant l'audience. La loi prescrit aussi aux avoués de communiquer leurs dossiers au ministère public. Dans les cas où l'affaire doit être jugée par défaut, il suffit que le dépôt du dossier au parquet précède l'audience où l'affaire doit être appelée ; si l'affaire est contradictoire, cette communication doit avoir lieu trois jours au moins avant les plaidoiries (décret du 30 mars 1808, art. 83). Mais cette formalité n'est imposée qu'autant qu'il s'agit d'une affaire pour laquelle la loi prescrit la communication au ministère public (1).

Il y a, en effet, trois sortes de communications : la communication facultative, que le ministère public est toujours libre de demander au cours des débats et à laquelle il a droit ; la communication judiciaire, que le tribunal peut ordonner même d'office, lorsqu'il la croit nécessaire pour s'éclairer ; la communication légale, ainsi appelée parce que c'est la loi elle-même qui la prescrit dans certains cas déterminés. Ce n'est évidemment que cette dernière communication qui peut être faite avant l'audience. Quand le ministère public veut user de son droit de demander la communication, ou que le tribunal a l'intention de l'ordonner d'office par jugement, ils ne peuvent le faire, l'un et l'autre, qu'après la clôture des débats.

L'article 83 du Code de procédure énumère la plupart des affaires soumises à communication au ministère public, mais cette énumération n'est pas limitative et on relève encore d'autres textes relatifs à la même formalité.

Aux termes de l'article 83 du Code de procédure, il faut communiquer au ministère public les causes suivantes :

1° Celles qui concernent l'ordre public, l'État, le domaine, les communes,

(1) La mention dans le jugement que le ministère public a été entendu prouve suffisamment que l'affaire lui a été communiquée. Grenoble, 4 février 1898, D. P. 98, 77.

les établissements publics, les dons et legs au profit des pauvres. Les affaires concernant l'ordre public sont toujours très importantes et la communication au ministère public se justifie d'elle-même. Dans les affaires concernant l'État, celui-ci est représenté par le préfet qui l'est, à son tour, par le ministère public. Il en résulte que le procureur de la République réunit deux rôles sur sa tête, celui de représentant du préfet et celui de magistrat auquel l'affaire doit être communiquée. Ces deux rôles sont absolument distincts à ce point que, théoriquement, on décide que le ministère public peut conclure dans un certain sens au nom et sur l'ordre du préfet, et dans un autre sens en tant que l'affaire lui est communicable. La loi imposant d'une manière générale la communication pour toutes les affaires de l'État, il faut exiger cette communication, même dans les affaires de contributions dues à l'État et qui sont de la compétence des tribunaux d'arrondissement. La loi veut aussi qu'on lui communique les affaires des communes et celles des établissements publics, parce que ces personnes morales sont considérées comme des incapables et placées sous une véritable tutelle. Il en est de même des départements et cependant l'article 83 ne parle pas d'eux; cela tient à ce qu'à l'époque de sa rédaction le département n'était encore qu'une circonscription administrative; depuis qu'il est devenu une personne morale, il faut sans aucun doute le joindre à la liste de notre article.

2° « Les affaires concernant l'état des personnes et les tutelles. » Les affaires relatives à l'état des personnes intéressent en général l'ordre public et sont déjà, à ce titre, soumises à communication. Tels sont notamment les procès concernant le mariage, le divorce, la séparation de corps, le désaveu de paternité, les autres actions relatives à la filiation, les affaires d'adoption, d'interdiction, de nomination de conseil judiciaire, etc. Quant aux affaires concernant les tutelles, ce sont toutes celles relatives aux homologations des délibérations du conseil de famille, aux excuses, incapacités, exclusions, destitutions de tuteur ou subrogé-tuteur. La communication est ici exigée surtout dans l'intérêt du mineur.

3° « Les déclinatoires sur incompétence. » La loi ne distingue pas entre l'incompétence absolue et l'incompétence relative; la communication est donc nécessaire dans les deux cas. Elle s'explique facilement pour le cas d'incompétence absolue, laquelle est d'ordre public, et on aurait même pu se dispenser d'en parler, puisque toutes les causes où l'ordre public est intéressé sont soumises à communication. Mais notre formalité est également nécessaire en cas d'incompétence relative et bien que cette incompétence ne puisse être soulevée que par le défendeur. Du moment que celui-ci a fait valoir cette exception, il est juste que le ministère public donne son avis, car la question de savoir si un plaideur est menacé d'être privé de ses juges naturels est assez grave par elle-même. C'est en se fondant sur ce motif que le tribunal a demandé et obtenu la modification de la rédaction primitive de la loi qui n'exigeait la communication qu'en cas d'incompétence absolue. Il a reconnu que l'incompétence relative ne peut être proposée que par le défendeur, mais il a aussi ajouté qu'une fois cette question soulevée, l'ordre public est intéressé à ce que le plaideur obtienne ses juges.

La loi ne permet pas de demander le renvoi seulement pour cause d'incom-

pétence, mais encore et aussi pour cause de litispendance, si l'affaire est déjà pendante devant un autre tribunal également compétent pour en connaître, ou enfin pour cause de connexité. Certains auteurs en ont conclu que la demande en renvoi pour litispendance ou connexité doit, comme la demande en renvoi pour cause d'incompétence, être soumise à communication au ministère public, mais l'interprétation de la loi par voie d'analogie est ici défectueuse, d'abord parce que nous sommes dans une matière exceptionnelle, ensuite parce qu'il n'y a pas à vrai dire analogie, car on ne peut pas dire, en cas de litispendance ou de connexité, qu'un plaideur est menacé d'être privé de ses juges naturels.

4° « Les règlements de juges, les récusations et renvois pour parenté ou alliance. »

5° « Les prises à partie. » Toutes ces causes touchent à l'organisation ou à la discipline judiciaire ; par cela même, elles intéressent l'ordre public, de sorte qu'elles rentrent aussi dans le n° 1 de notre article.

6° « Les causes des femmes non autorisées par leur mari ou même autorisées, lorsqu'il s'agit de leur dot et qu'elles sont mariées sous le régime dotal. »

Comme on le voit la loi distingue deux cas :

— Ou la femme est mariée sous un régime autre que le régime dotal, ou même il s'agit, sous le régime dotal, de biens paraphernaux. Dans ce premier cas, la communication au ministère public n'est pas exigée par la loi ; si la femme agit ou défend avec l'autorisation de son mari, elle est alors suffisamment protégée. Mais si la femme plaide avec autorisation de justice, la loi craint que, seule, elle ne défende pas bien ses intérêts et elle fait intervenir le ministère public. On remarquera que la communication est nécessaire, même pour la demande en séparation de biens, puisque la femme la forme sans l'autorisation de son mari.

— Ou bien la femme est mariée sous le régime dotal et le procès concerne sa dot. La loi dit alors que le ministère public doit toujours donner ses conclusions, même si la femme agit ou défend avec l'autorisation de son mari. Au premier abord, cette disposition paraît très claire, mais si on la rapproche de certains principes du régime dotal, on ne tarde pas à se trouver dans un véritable embarras. Ces principes du régime dotal sont les suivants : la dot est placée entre les mains du mari qui exerce sur elle des pouvoirs étendus et qui, notamment, intente les actions relatives à cette dot ou y défend seul à l'exclusion de la femme (art. 1549 C. civ.); d'un autre côté, les immeubles dotaux sont inaliénables et la jurisprudence étend cette inaliénabilité, quant à la femme, même à la dot mobilière ; en outre, la dot est encore protégée par un ensemble d'autres mesures spéciales (voy. par exemple art. 1554, 1560, 1561, 1573 C. civ.); enfin l'inaliénabilité n'est pas de l'essence, mais seulement de la nature du régime dotal, de sorte qu'elle peut être écartée par une clause du contrat de mariage.

Ces principes rappelés, qu'a voulu dire la loi en déclarant que, quand la femme agit ou défend sous le régime dotal et que le procès concerne sa dot, le ministère public doit donner ses conclusions, même si la femme plaide avec l'autorisation de son mari ? En supposant que le procès soit fait ou sou-

tenu par la femme, notre article ne se met-il pas en contradiction directe avec l'article 1549 du Code civil, aux termes duquel le mari agit et défend seul sous le régime dotal, pour tous les procès qui concernent la dot? Certains auteurs n'ont pas osé le reconnaître et ils en ont été réduits à chercher deux cas dans lesquels, en effet, par exception au principe général, ce n'est plus le mari qui agit ou défend seul, et encore, de ces deux cas, le second peut être contesté. En premier lieu, la femme agit ou défend pour sa dot, lorsque le tribunal a prononcé la séparation de biens entre époux; malgré ce jugement de séparation de biens, la dot conserve les caractères que lui donnent la loi et le contrat de mariage; seulement, au lieu de rester dans les mains du mari, elle passe dans les mains de la femme et alors si celle-ci plaide à l'occasion de sa dot, même avec l'autorisation de son mari, le ministère public doit donner ses conclusions. Voilà, dit-on, le premier cas d'application de notre disposition. Le second se présente, ajoute-t-on, pour l'action en partage qui doit être intentée conjointement par le mari et par la femme par la raison que cette action contient une sorte d'aliénation partielle. Même en admettant cette solution, qui est contestée, on n'en arrive cependant, comme on le voit, qu'à relever deux cas dans lesquels la femme agit sous le régime dotal pour sa dot, et encore agit-elle dans le second cas avec son mari. Peut-on sérieusement croire que notre article 83 du Code de procédure n'ait songé qu'à ces deux cas? Si cela était vrai, il semble qu'il se serait expliqué tout autrement, et qu'au lieu de prendre une formule très générale il aurait précisé les cas exceptionnels qu'il aurait eus en vue.

Il vaut mieux reconnaître franchement qu'en rédigeant la disposition de l'article 83, le législateur avait complètement perdu de vue l'article 1549 du Code civil qui concentre les actions relatives à la dot sous le régime dotal entre les mains du mari. Ce point établi, il faut donc abandonner le texte inexact de l'article 83 pour s'attacher uniquement à l'esprit de la loi, en recherchant quel est le but de notre disposition, et on arrivera ainsi à exiger la communication au ministère public, même dans les cas où le procès est fait ou soutenu par le mari seul.

On peut dire que la communication au ministère public est imposée par la loi comme garantie de l'inaliénabilité de la dot : la loi craint que les époux ne simulent un procès avec un tiers de complaisance, lequel acquerrait le bien dotal en le revendiquant. C'est pour déjouer cette fraude que le procès doit passer sous les yeux du ministère public. Si l'on admet cette explication, on en arrive à décider que la communication au ministère public est toujours nécessaire, même lorsque la femme ne prend pas directement part au procès et que le mari plaide seul, du moment que la dot est inaliénable. Mais si une clause du contrat de mariage a dérogé au principe de l'inaliénabilité, alors la cause de notre disposition disparaît; on n'exigera plus la communication au ministère public lorsque le mari agira seul (1) ou lorsque la femme, après la séparation de biens, agira avec le consentement de son mari.

Cette seconde interprétation nous paraît encore trop étroite. A notre avis,

(1) Grenoble, 12 février 1846, D. P. 46, 2, 237.

la communication au ministère public n'est pas une sanction de l'inaliénabilité; elle en est, au contraire, indépendante et forme une de ces mesures de garantie établies en faveur de la dot. Il résulte de là que la communication au ministère public est toujours nécessaire dès que le procès concerne la dot, sous le régime dotal, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre la dot inaliénable et la dot aliénable, ni de rechercher par qui le procès est fait ou soutenu. Par la même raison, nous déciderons que la communication au ministère public sera encore nécessaire même dans le cas où la dot se trouve entre les mains d'une femme séparée à la fois de corps et de biens, quoique cette femme ait, depuis la loi du 6 février 1893, la pleine capacité civile et précisément parce qu'il s'agit d'une garantie de la dot qui doit subsister, comme tous les autres avantages que la loi lui attribue, jusqu'à la dissolution du mariage (1). Si, au contraire, cette femme séparée de corps et de biens était mariée sous un autre régime, comme elle n'aurait plus jamais besoin de l'autorisation même de justice, ses procès ne seraient pas soumis à communication au ministère public, pas plus que ceux d'une fille majeure ou d'une veuve.

7° « Les causes des mineurs. » La loi ne distingue pas s'il s'agit de mineurs émancipés ou de mineurs non émancipés; elle ne recherche pas davantage si les mineurs non émancipés sont placés en puissance paternelle ou en tutelle. En principe donc, les causes qui les concernent doivent être communiquées; c'est une garantie de plus donnée à ces incapables. Cependant, certains auteurs pensent que la communication n'est pas nécessaire quand il s'agit d'un mineur émancipé et d'une affaire pour laquelle il peut plaider seul, car alors le mineur a la capacité du majeur. On sait que le mineur émancipé peut ester en justice, seul : pour les actes de son administration; pour toutes les actions mobilières, sauf celles qui ont pour objet le partage d'une universalité de meubles; pour le remboursement des capitaux et en matière possessoire; dans les autres cas, il lui faut l'assistance de son curateur. Mais il n'est pas permis d'en conclure que ce soit seulement dans ces derniers cas que la loi impose la communication au ministère public. Aussi vaut-il mieux toujours exiger la communication, même si le mineur émancipé agit seul; d'abord les termes de la loi sont absolus et repoussent toute distinction; ensuite, si la communication au ministère public est nécessaire pour protéger les intérêts du mineur émancipé quand celui-ci plaide avec l'assistance de son curateur, à plus forte raison doit-il en être de même lorsqu'il plaide seul.

Au mineur, il faut assimiler l'interdit (art. 509 C. civ.) et accorder à ce dernier la même protection. De même, le ministère public doit donner ses conclusions dans les affaires des personnes qui, sans être interdites, sont placées dans un établissement d'aliénés (loi du 30 juin 1838, art. 40).

8° « Et généralement toutes les causes où l'une des parties est défendue par un curateur. » Cette disposition ne s'applique pas au curateur du mineur émancipé qui est déjà implicitement compris dans ce que dit la loi des mineurs, mais elle concerne les causes dans lesquelles les curateurs repré-

(1) Voy. Bufnoir, *Annuaire de législation comparée*, 1894, p. 61, note 1, lettre *c*.

sentent une partie : curateur à la succession vacante (art. 813 C. civ.), curateur au ventre (art. 393 C. civ.), curateur au bénéfice d'inventaire (art. 996 C. pr.), etc. La loi n'ayant pas parlé des causes où une partie est assistée de son conseil judiciaire, nous en conclurons, malgré l'avis contraire de certains auteurs, que les causes des prodigues ou aliénés pourvus de conseils ne sont pas soumis à communication (1).

9° « Les causes concernant ou intéressant les personnes présumées absentes. » On sait que l'absence se divise en trois périodes. L'article n'exige textuellement la communication que pour les affaires des absents qui se trouvent dans la première période. Pendant cette première période, un administrateur peut avoir été nommé et si cet administrateur soutient, comme demandeur ou comme défendeur, un procès au nom de l'absent, l'affaire devra être communiquée au ministère public. De même, le tribunal peut avoir commis un notaire chargé de représenter celui qui a disparu, dans les comptes, liquidations et partages et, si des procès s'élèvent à cette occasion, le ministère public devra prendre communication de l'affaire.

Il n'est pas douteux que la communication au ministère public n'est plus nécessaire après l'envoi en possession définitive, c'est-à-dire pendant la troisième période ; la loi n'en dit rien et les envoyés en possession définitive sont traités comme de véritables héritiers, qui défendent autant leurs intérêts que ceux de l'absent et présentent par cela même toutes les garanties désirables.

Mais pendant la seconde période de l'absence, après la déclaration d'absence et avant l'envoi en possession définitive, en un mot pendant la période d'envoi en possession provisoire, faut-il exiger communication au ministère public ? Il semble bien résulter des travaux préparatoires de la loi qu'il y a lieu à communication pendant cette seconde période de l'absence. La première rédaction de l'article portait : « Celles concernant la propriété et le fond du droit des absents, toutefois après la déclaration d'absence. » Cette disposition ne visait que cette seconde période de l'absence et le Tribunat fit observer qu'il fallait l'étendre à la première période. « La section de législation du Conseil d'État, disait le Tribunat, a omis d'observer que, d'après l'article 114 du Code civil, les causes qui intéressent les personnes présumées absentes doivent être aussi communiquées. » C'est à la suite de cette observation que l'article fut rédigé tel qu'il existe aujourd'hui ; il est donc évident qu'on a entendu ajouter une disposition au texte primitif sans retrancher celle qui existait déjà, seulement la rectification a été mal faite et, au lieu d'ajouter une disposition à celle qui existait déjà, on a supprimé l'ancienne pour placer la nouvelle. Il est permis d'ajouter à ces considérations qu'il existe de graves raisons pour exiger la communication au ministère public, non seulement pendant la première période de l'absence, mais encore et aussi pendant la seconde : les envoyés en possession provisoire ne pouvant pas aliéner les biens de l'absent (art. 128 C. civ.), il ne serait pas juste qu'ils pussent seuls plaider sur des biens dont ils n'ont pas la disposition.

(1) *Contra* Carré et Chauveau, n° 405.

Malgré la gravité de ces considérations, nous pensons qu'on ne doit pas exiger la communication au ministère public pendant la période d'envoi en possession provisoire : la loi ne l'impose pas et il n'est pas permis d'ajouter à son texte. Sans doute, les envoyés en possession provisoire ne peuvent pas aliéner, mais on conçoit cependant que la loi ait plus de confiance en eux que dans les autres administrateurs, car ils sont personnellement intéressés à la conservation des droits de l'absent. D'ailleurs, en pratique, toutes les fois que le ministère public ou le tribunal craindra que les intérêts de l'absent ne soient compromis par les envoyés en possession provisoire, le ministère public pourra demander la communication et le tribunal aura le droit de l'ordonner d'office.

Tels sont les cas dans lesquels l'article 83 exige la communication au ministère public. Cette énumération est énonciative et a seulement pour objet de grouper les cas les plus fréquents dans lesquels cette formalité est nécessaire ; mais la communication est encore prescrite par un grand nombre d'autres dispositions de nos codes ou même de lois spéciales. Ainsi, le Code civil ordonne la communication en matière d'acte de notoriété pour mariage (art. 72), de rectification d'actes de l'état civil (art. 99), dans certaines affaires de l'absence (art. 126), en matière d'adoption (art. 356), de correction paternelle (art. 377), de délibération du conseil de famille soumise à homologation (art. 458), de transaction de mineur (art. 467), de mariage de l'enfant d'un interdit (art. 511), en matière d'interdiction ou de nomination d'un conseil judiciaire (art. 515). Le Code de procédure prescrit aussi la communication dans un très grand nombre de cas : envoi de pièces de comparaison en matière de vérification d'écritures (art. 202), faux incident civil (art. 227 et 251), transaction au cours d'une procédure de faux (art. 249), récusation d'experts (art. 311), désaveu d'officier ministériel (art. 359), récusation de juge (art. 371, 385 et 394), requête civile (art. 498), contredit en matière de contribution (art. 668), incidents de saisie immobilière (art. 718), incidents d'ordre (art. 762, 764), sauf-conduit (art. 782), recommandation (art. 795), demande en élargissement (art. 805), expédition d'un acte (art. 856), avis de parents (art. 886), interdiction (art. 891 et 892), cession de biens pour éviter la contrainte par corps (art. 900) (1), homologation de partage judiciaire dans le cas de l'article 981. Fort souvent aussi, des lois spéciales ordonnent la communication au ministère public, par exemple en cas de demande en déchéance ou en nullité d'un brevet d'invention (loi du 5 juillet 1844, art. 36), dans toute affaire où une des parties a obtenu l'assistance judiciaire (loi du 8 juillet 1901, art. 15), en cas d'opposition à taxe des officiers ministériels (loi du 24 décembre 1897).

Les affaires commerciales sont certainement soumises à communication, comme les affaires civiles et dans les mêmes cas, devant la cour d'appel, où on leur applique la procédure des affaires civiles sommaires. De même, les affaires des juges de paix doivent être communiquées lorsqu'elles arrivent

(1) Cas très rare aujourd'hui, car la cession de biens suppose un débiteur de bonne foi, et, la contrainte par corps n'est plus admise que pour les condamnations civiles en matière répressive, il faudrait donc supposer un délit qui n'implique pas intention criminelle.

en appel devant le tribunal d'arrondissement, si l'on est dans un des cas où cette loi prescrit cette communication. Il est presque inutile de dire qu'il n'y a, au contraire, pas lieu à communication devant les tribunaux de commerce, devant les juges de paix, devant les conseils de prud'hommes, par la raison bien simple que ces juridictions ne possèdent pas de ministère public. Mais la question est délicate de savoir si la communication doit avoir lieu pour les affaires commerciales portées devant le tribunal civil dans les arrondissements où il n'existe pas de tribunal de commerce. Pour écarter la commue nication, on peut dire que le tribunal civil juge ces affaires avec la procédure commerciale et que cette procédure ne comporte pas la communication. Cette assertion revient un peu à une pétition de principe. La procédure commerciale, en effet, ne comporte pas la communication au ministère public devant le tribunal de commerce, mais n'y a-t-il pas une raison spéciale pour décider autrement lorsque l'affaire commerciale est pendante devant un tribunal civil ? A notre avis, la solution de cette question dépend de celle qu'on donne à une autre difficulté. Nous avons vu qu'on discute sur le point de savoir si la présence du ministère public est nécessaire à l'audience commerciale du tribunal civil. Si l'on se prononce pour la négative (1), il bien évident qu'il ne peut plus être question de communication au ministère public ; si l'on se prononce pour l'affirmative (2), la solution inverse s'impose, car il serait presque contradictoire, après avoir exigé la présence du ministère public, de ne lui donner aucun rôle.

Une fois la communication faite, le ministère public a connaissance de l'affaire, mais il ne donnera ses conclusions que beaucoup plus tard et après la clôture des débats; c'est à ce moment que nous nous occuperons de nouveau de son rôle de partie jointe dans les affaires civiles. Bornons-nous à constater dès maintenant que la loi attache une grande importance à cette communication au ministère public et lui donne comme sanction la nullité de la décision qui serait rendue sans l'observation de cette formalité. Aussi le jugement doit-il, encore à peine de nullité, relever que le ministère public a été entendu. La nullité se demande sous forme d'appel ou de requête civile, suivant que le jugement est en premier ou en dernier ressort (art. 480 C. pr.). Elle peut être proposée par les deux plaideurs, si la communication est ordonnée dans un intérêt d'ordre public; est-elle prescrite dans l'intérêt privé de l'un des plaideurs, celui-ci seul peut s'en prévaloir.

On a beaucoup discuté sur l'utilité de cette mesure. Les uns l'approuvent et relèvent que le ministère public peut donner d'utiles avis au tribunal, surtout lorsque les parties ont pu s'égarer ou ont omis l'application des lois qui intéressent la société; d'autres prétendent que l'affaire est suffisamment éclairée par les avocats et que les conclusions du ministère public peuvent faire naître des froissements entre le parquet et le tribunal. Ces deux observations sont l'une et l'autre inexactes, et il est hors de doute, comme on en a la preuve par la Cour de cassation, où le ministère public donne nécessairement ses conclusions dans toutes les affaires, que le ministère public peut,

(1) Req., 21 avril 1846, D. P. 46, 1, 132.
(2) Poitiers, 7 janvier 1856, D. P. 56, 2, 84.

par ses avis, exercer une influence salutaire sur la juridiction auprès de laquelle il est établi.

En fait, la communication au ministère public est encore une de ces institutions qui s'en vont; sans doute, les avoués continuent à faire la communication, mais bien inutilement, puisque ensuite à l'audience, au lieu de donner ses conclusions, le ministère public garde le plus souvent le silence.

## § 49. — Mise au rôle.

Au point où nous en sommes arrivés, les deux parties connaissent l'affaire, mais le tribunal n'en est pas saisi ; il faut donc faire venir l'affaire à l'audience.

Peu importe que les deux parties aient échangé leurs écritures, que le défendeur seul ait rédigé des défenses auxquelles le demandeur n'a pas répondu ou qu'aucune des parties n'ait rédigé d'écritures ; si les écritures ne sont pas faites, elles pourront l'être ultérieurement, quand l'affaire sera appelée devant le tribunal ; tel est, du moins, l'usage à Paris.

Pour faire connaître l'affaire au tribunal, l'avoué le plus diligent, le plus souvent l'avoué du demandeur, rédige un acte sur papier non timbré, appelé placet ou réquisition d'audience, qui contient les noms, prénoms et domiciles des parties, les noms des avoués, l'objet du procès et, si c'est l'avoué du demandeur qui rédige l'acte, les motifs et les conclusions de l'ajournement, si c'est l'avoué du défendeur, les conclusions qu'il a prises et qu'il a dû signifier. Le placet, qui seul sera sous les yeux du juge lors des plaidoiries, doit être la copie littérale de l'ajournement et des conclusions.

Le placet ainsi rédigé est présenté au greffe général du tribunal pour être soumis à la « mise au rôle » ; le plus souvent, les avoués présentent le placet à la mise au rôle dès l'expiration du délai d'ajournement ou même avant l'expiration de ce délai, dès que le défendeur a constitué avoué ; c'est un moyen admis en pratique d'éviter les longs délais des significations des défenses et des répliques qui, en général, ne s'observent pas.

Le greffier, si le tribunal n'a qu'une chambre, inscrit chaque affaire et donne un numéro d'inscription au placet, numéro qu'il transcrit sur le placet lui-même qu'il rend à l'avoué ; cette inscription doit avoir lieu au plus tard la veille de l'audience (décret du 30 mars 1808, art. 19). Si le tribunal a plusieurs chambres, le greffier, après avoir rempli la même formalité de l'inscription au rôle général, au lieu de rendre immédiatement le placet à l'avoué, le communique au président du tribunal qui indique la chambre à laquelle devra être appelée l'affaire et le président répartit ainsi entre les différentes chambres les affaires qui devront être appelées à chacune d'elles. (1) C'est, dans la pratique, ce que l'on appelle la distribution des affaires.

L'affaire déjà inscrite au rôle général en sort donc pour être inscrite sur le rôle spécial de chaque chambre, où le greffier de la chambre à laquelle elle doit être appelée l'inscrira sur un registre *ad hoc* (décret du 30 mars 1808, art. 56). Le placet est alors rendu à l'avoué avec diverses mentions contenant

(1) Voy. décret du 10 novembre 1872, D. P. 72, 4, 13.

le numéro du rôle général, celui de la chambre à laquelle il a été distribué, celui du rôle spécial, et, dans certains tribunaux, la date de l'audience à laquelle l'avoué devra faire appeler l'affaire.

Le président a pleine liberté pour la répartition des causes entre les chambres, mais, en fait, il existe dans chaque tribunal des usages qui groupent les affaires par nature, pour qu'elles soient toutes portées à la même chambre, et les présidents ne dérogent pas à ces usages, à moins de raison spéciale. Par exception, la loi attribue à la première chambre, à l'exclusion des autres : les contestations relatives aux avis de parents, aux interdictions, à l'envoi en possession des biens des absents, aux autorisations de femmes mariées, aux rectifications des actes de l'état civil ; les affaires qui intéressent l'État, les communes, les établissements publics (décret du 30 mars 1808, art. 60, ajouter les départements) ; les renvois de référés à l'audience sont aussi de plein droit portés à la première chambre, à moins que le président n'en désigne une autre (décret du 30 mars 1808, art. 60).

Cette formalité d'inscription sur le rôle est imposée pour satisfaire au vœu de la loi qui veut que les affaires soient jugées à tour de rôle sans privilège pour aucun plaideur. C'est ce que disait déjà une ordonnance de 1344 de Philippe de Valois et ce que répétaient encore les lois des 16-24 août 1790 (tit. II, art. 18) et la loi du 21 ventôse an VII (art. 3). Malgré ces prescriptions, les causes furent presque toujours jugées dans notre ancienne France par ordre de faveur, plutôt que par ordre d'inscription (1).

Nous avons vu que l'affaire étant mise au rôle général, ou distribuée à une des chambres du tribunal si le tribunal a plusieurs chambres, le placet est rendu à l'avoué ; c'est donc à cet avoué qu'il appartient maintenant de saisir le tribunal.

Si c'est le demandeur qui porte l'affaire à l'audience et si le défendeur n'a pas constitué avoué, l'avoué demandeur dépose le placet, la veille de l'audience, au tribunal ou à la chambre où doit venir l'affaire ; il se présentera ensuite à l'audience pour requérir défaut contre son adversaire.

Autrefois, même dans les tribunaux composés de plusieurs chambres, ce premier appel de toutes les causes nouvelles avait toujours lieu à la première chambre, qui prononçait défaut si l'un ou l'autre des plaideurs était en effet défaillant. Ce système avait le grave inconvénient de rendre interminables les appels des causes nouvelles, et c'est surtout au tribunal de la Seine qu'il se faisait le plus gravement sentir. Aussi un décret du 2 juillet 1856 autorisa-t-il ce tribunal à décider, par un règlement intérieur, que les causes nouvelles pourraient être directement portées aux chambres où ne siège pas le président, sauf renvoi à la distribution dans le cas où le défendeur constituerait avoué. Un peu plus tard, le décret du 18 novembre 1872 a fait rentrer le tribunal de la Seine dans le droit commun, mais a aussi, en même temps, changé ce droit commun au moyen de modifications dans le classement des articles 59 à 63 du décret du 30 mars 1808. Ce nouveau décret supprime l'appel général des causes à la première chambre, et les affaires même par défaut sont appelées devant les chambres où elles sont distribuées

(1) Voyez ce que dit à cet égard Pascal dans la huitième de ses lettres provinciales.

Si le défendeur a constitué avoué, l'avoué du demandeur, après avoir déposé son placet, doit appeler l'avoué du défendeur pour l'obliger à poser conclusions ; c'est ce qu'il fait par un simple acte d'avoué à avoué, appelé avenir, ainsi dénommé parce que l'un des deux avoués appelle l'autre à venir à l'audience.

### § 50. — **Avenir** (art. 82 C. pr.).

L'avenir a la même importance entre avoués que l'ajournement entre les parties. Il y aurait nullité d'un jugement rendu contre une partie dont l'avoué n'aurait pas été sommé par avenir. Un seul avenir est nécessaire : aussi, si les avoués en faisaient davantage, ils n'entreraient pas en taxe (art. 82). La loi ne veut pas qu'on arrive, comme autrefois, à l'audience après s'être signifié huit ou dix avenirs. C'était là un abus criant introduit par les anciens procureurs peu scrupuleux qui s'appelaient sans cesse et ne venaient qu'au bout d'un temps fort long. Aujourd'hui, l'article 82 n'admet en taxe « qu'un seul avenir pour chaque partie ». Cette formule est assez obscure ; elle signifie que l'avoué qui lance l'avenir ne doit en faire qu'un pour chacune des autres parties, c'est-à-dire des autres avoués, et que ceux-ci ayant été appelés à l'audience n'ont pas le droit d'appeler à leur tour par un avenir en réponse. Mais toutes les fois que le tribunal a rendu un jugement provisoire ou sur incident, au cours de l'instance, ou a même accordé une remise par jugement, comme il faut revenir à l'audience, un nouvel avenir est chaque fois permis.

### § 51. — **Appel des causes.**

Au jour fixé par l'avenir, l'affaire est appelée à l'audience par l'huissier audiencier. Plusieurs hypothèses peuvent se présenter :

Ou l'avoué du défendeur n'est pas présent à l'appel de la cause, ou il déclare qu'il n'a pas pouvoir pour conclure. L'avoué du demandeur peut encore dans ce cas prendre défaut contre le défendeur, mais il s'agit alors d'un jugement par défaut faute de conclure et non pas d'un jugement par défaut faute de comparaître.

Ou bien le défaut se produit du côté du demandeur qui a bien sans doute constitué avoué dans l'ajournement, mais dont l'avoué ne se présente pas à l'appel de la cause. Ici c'est l'avoué du défendeur qui demandera jugement par défaut faute de conclure contre le demandeur, et nous verrons plus tard que ce jugement est connu dans la pratique sous le nom de jugement par défaut congé.

Il arrive parfois que l'un des avoués, celui du demandeur ou du défendeur, peu importe, n'est pas présent à l'appel de la cause, uniquement parce qu'il se trouve en retard. Mais il vient ensuite avant la fin de l'audience, et se déclare prêt à conclure. Dans notre ancien droit, l'ordonnance de 1667 permettait en pareil cas de rabattre le défaut (tit. XIV, art. 5). Cet usage s'est conservé de nos jours, parce qu'il est tout à fait équitable. Le défaut n'est donc donné contre un avoué, au début de l'audience, que sous condition, et

il ne devient définitif qu'autant que l'avoué défaillant ne se présente pas avant la fin de l'audience.

Ou bien les deux avoués font défaut à l'appel de la cause. Comme il y a là un manque de convenance, le tribunal a le droit (mais il n'en use pas) de rendre un jugement qui prononce la radiation de l'affaire. Cette radiation du rôle n'est qu'une mesure d'ordre intérieur tenant à la discipline des audiences. Il est bien entendu que le jugement de radiation ne juge pas l'affaire, n'éteint pas l'instance, encore moins l'action et le droit. Pour que l'affaire revienne devant la chambre, il suffit de la faire inscrire de nouveau sur le rôle, sans reprendre aucun des actes de procédure déjà faits (1). Seulement, comme les avoués, par leur absence, ont manqué au respect dû à la justice, la loi les oblige, avant de réinscrire l'affaire au rôle, à lever le jugement de radiation à leurs frais. Ils supportent également ceux de la réinscription et pourraient même, le cas échéant, encourir des peines disciplinaires (décret du 10 mars 1810, art. 1, 55 et suiv., 66 et suiv.).

Ou bien les deux avoués sont présents à l'appel de la cause. Ici, de nouvelles distinctions s'imposent. Si le défendeur pose des conclusions d'exception, la cause, sans subir plus de retard, vient à l'audience du tribunal qui statue sur ces conclusions. Si, au contraire, il conclut au fond, le débat est lié, ces conclusions sont alors jointes au placet et l'affaire, qui maintenant est contradictoire, demeure au rôle, ou, à proprement parler, le placet et les conclusions du défendeur jointes au placet restent dans les cartons du greffe, jusqu'à ce que l'affaire soit arrivée à son tour pour être plaidée. On dit alors que l'affaire reste au rôle jusqu'au jour où elle revient à l'audience. Dans les tribunaux où il y a peu d'affaires, il n'existe pas de rôle particulier, en ce sens que les affaires sont toujours censées prêtes à être jugées et en état d'être appelées. Malheureusement, dans les tribunaux où les affaires sont nombreuses, comme au tribunal de la Seine, il faut souvent attendre des mois avant qu'une affaire n'arrive à son tour d'être plaidée et, comme on dit dans la pratique, ne sorte du rôle. Dans certains tribunaux, ce sont des affiches apposées à la porte de la salle d'audience du tribunal qui prévient nent les avoués chaque semaine des affaires qui viennent en ordre utile pour être plaidées. A Paris, les avoués sont avisés par une note du greffier du jour où l'affaire sera appelée à nouveau à l'audience, c'est alors seulement que le rôle de l'avocat va effectivement commencer.

Les affaires qui réclament célérité, de même que les exceptions, ne doivent pas subir les lenteurs du rôle; il en est de même de certaines affaires que les présidents font venir à l'audience à la demande des parties ou de leurs avoués, dès que l'urgence leur paraît justifiée.

## § 52. — Conclusions.

Quant aux conclusions des parties, nous avons déjà constaté que celles du demandeur se trouvent, au moins sommairement, dès le début de l'instance.

(1) Paris, 23 juin 1887, S. 88, 2, 103; trib. de Douai, 30 janvier 1895, D. P. 96, 2, 513 et la note.

dans l'ajournement et celles du défendeur dans sa requête grossoyée en défense. En second lieu, le demandeur renouvelle ses conclusions dans le placet ou réquisition d'audience et le défendeur dépose les siennes au greffier pour être jointes au placet, de telle sorte qu'elles passent avec ce dernier sous les yeux du tribunal. Mais ces conclusions n'obligent pas les parties; elles sont parfois de pure forme.

Les conclusions vraiment sérieuses et importantes sont celles qui sont signifiées lorsque les avoués ou les avocats ont échangé leurs communications de pièces, et sont déposées par l'avoué sur le bureau du tribunal pour être jointes au placet; elles sont levées et reprises par l'avoué ou par l'avocat au nom de l'avoué, au moment de la plaidoirie.

Les parties peuvent les modifier jusqu'à la clôture des débats, à la condition qu'elles ne soient pas introductives d'une affaire nouvelle (1). Ces conclusions, sur lesquelles on plaidera, doivent être signifiées d'une partie à l'autre trois jours au moins avant l'audience, mais ce délai n'étant pas prescrit à peine de nullité (2), cette prescription n'est pas toujours observée dans la pratique (3). Une fois les débats clos, les parties ne peuvent plus présenter de nouvelles conclusions, à moins que les juges ne rouvrent les débats (4) (décret du 30 mars 1808, art. 33, 70, 71, 72, 87). Mais si le tribunal se borne à ordonner un délibéré sur rapport, comme ce jugement n'ouvre pas de nouveau les débats, il ne permet pas non plus aux parties de présenter de nouvelles conclusions (5).

### § 53. — **Plaidoiries** (art. 85 et 86 C. pr.).

En principe, ce sont les avocats qui plaident toutes les causes. Cependant le ministère de l'avocat est moins rigoureusement obligatoire que celui de l'avoué. Les parties ne peuvent pas en effet postuler et conclure en personne devant les tribunaux d'arrondissement en matière civile et devant les cours d'appel en aucune matière. Au contraire, c'est un droit pour chaque partie de plaider sa propre cause, que le plaideur soit majeur ou mineur, de l'un ou de l'autre sexe. Le tribunal ne peut lui interdire la parole qu'autant qu'il constate que la passion ou l'inexpérience l'empêche d'exposer sa cause avec la décence convenable ou la clarté nécessaire; encore faut-il que le tribunal rende à cet effet un jugement motivé (art. 85 C. pr.).

Quand une partie ne peut ou ne veut pas plaider elle-même, alors elle ne peut pas, en matière civile, ni même en matière commerciale devant une cour d'appel, charger une autre personne qu'un avocat d'exposer sa prétention. Une loi du 27 ventôse an VIII permettait à la vérité à toute personne

(1) Bordeaux, 23 juillet 1891, D. P. 93, 2, 193; Douai, 2 novembre 1891, D. P. 92, 2, 114; Besançon, 30 décembre 1891, D. P. 92, 2, 113.

(2) Paris, 18 juin 1864, D, P. 64, 5, 72; Paris, 28 juin 1872, D. P. 73, 2, 55.

(3) Il est admis par la jurisprudence que la communication des conclusions à l'adversaire et leur remise au président peut dispenser de la signification préalable. Paris, 3 mars 1877, D. P. 78, 2, 152; Paris, 8 mai 1884, D. P. 85, 2, 148, 149.

(4) Req., 2 juillet 1873, S. 73, 1, 306; req., 15 janvier 1878, D. P. 78, 1, 152; Paris, 13 mars 1884, D. P. 85, 2, 14; Paris, 20 février 1892, D. P. 92, 2, 269.

(5) Dijon, 8 décembre 1873, D. P. 75, 5, 188.

de faire présenter ses défenses par une autre, mais à cette époque les avocats étaient encore supprimés. Cette loi a été abrogée par celle du 28 ventôse an XII, qui les a rétablis (1). Au criminel, l'accusé peut, avec la permission du président de la cour d'assises, prendre pour conseil une personne qui n'est pas avocat (art. 295 C. ins. cr.). On a proposé d'étendre cette exception devant les tribunaux d'arrondissement et les cours d'appel, mais cette opinion est définitivement repoussée, précisément parce que les exceptions ne comportent pas d'extension et que les raisons de l'article 295 du Code d'inscription criminelle n'existent pas en matière civile.

Le monopole des avocats ne s'exerce pas devant les juridictions où les parties peuvent se présenter elles-mêmes sans ministère d'avoué; en pareil cas, c'est-à-dire devant les tribunaux de commerce, les justices de paix et les conseils de prud'hommes, elles ont aussi le droit de choisir une personne quelconque pour exposer leurs prétentions.

Les avocats ne sont pas tenus d'accepter les causes qui leur sont offertes; il en est autrement quand ils sont nommés d'office. Lorsque tous les avocats d'un tribunal refusent de plaider une cause et que la partie ne veut pas plaider elle-même, alors elle doit adresser une demande au tribunal qui désigne d'office un avocat. Nous avons vu que les avoués peuvent plaider les incidents des causes dans lesquelles ils occupent; que le droit de plaider les causes elles-mêmes peut leur être attribué au commencement de chaque année judiciaire dans le cas où le nombre des avocats est insuffisant; que si les avocats sont en nombre, mais refusent de plaider, les avoués peuvent les remplacer, avec une autorisation spéciale de la Cour dans chaque affaire.

Dans notre ancien droit, les magistrats étaient admis à plaider, excepté dans le siège auquel ils appartenaient. L'article 86 du Code de procédure a supprimé cette exception et leur a défendu de plaider, même devant les juridictions auxquelles ils n'appartiennent pas. Cette défense est générale et s'applique devant tous les tribunaux de droit commun ou d'exception, mais elle ne concerne que les magistrats « en activité de service ». La loi a voulu dire par là que les juges suppléants peuvent exercer la profession d'avocat. Mais est-il besoin d'ajouter qu'ils n'ont pourtant pas le droit de plaider dans les affaires où ils siègent comme juges, puisque alors ils sont en activité de service (décret du 14 décembre 1810, art. 18; ord. 24 nov. 1822, art. 42)? En outre, les suppléants rétribués, étant assimilés aux autres magistrats, ne peuvent pas non plus plaider.

### § 54. — Publicité des audiences (art. 87 C. pr.).

Les plaidoiries sont orales et publiques; elles ont lieu sous la direction du président qui a toujours le droit de les arrêter lorsque l'affaire lui paraît suffisamment entendue (décret du 30 mars 1808, art. 34). La publicité des audiences civiles était déjà admise dans notre ancien droit; mais, à cette époque, les

(1) Cpr. décret du 2 juillet 1812 et ordonnance du 27 février 1822.

(2) Dans ces deux premiers cas, c'est l'arrêt de la cour d'appel qui seul est rendu en audience publique.

audiences criminelles étaient secrètes. La loi des 16-24 août 1790, titre II, article 14, a fait de la publicité des débats en toute matière, même criminelle, un principe fondamental de notre organisation judiciaire. Ce principe a été de nouveau proclamé en particulier pour les affaires civiles par l'article 87.

Il faut bien s'entendre sur sa portée et sur ses effets. Il ne concerne que la juridiction contentieuse; les affaires gracieuses sont toujours traitées à huis clos, ou, comme on dit, en chambre du conseil, à moins d'une disposition contraire de la loi qui étend, tout au moins pour partie, le plus souvent pour le jugement seul, le principe de la publicité, comme cela se voit en matière d'adoption (art. 358 C. civ.), de rectification d'actes de l'état civil (art. 858 C. pr.), d'autorisation d'aliéner un immeuble dotal (art. 997 C. pr.). Il y aurait nullité si, en dehors de ces exceptions, une affaire gracieuse s'instruisait et se jugeait à l'audience publique.

Par exception, la loi veut, dans certains cas et par des raisons très diverses, que la procédure d'une affaire contentieuse ait lieu à huis clos, ou comme on dit, en chambre de conseil, en totalité ou pour partie, mais le jugement n'en est pas moins rendu en audience publique. Toutes les fois que la discussion publique est de nature à entraîner des scandales, le tribunal peut ordonner le huis clos des débats, mais comme une pareille décision porte une grave atteinte à un principe fondamental de notre organisation judiciaire, la loi veut que le tribunal rende compte de sa décision au procureur général et, s'il s'agit d'une cour d'appel, au ministre de la justice (art. 87 C. pr.).

Dans les procédures d'interdiction judiciaire pour cause de démence, le tribunal interroge le défendeur dans la chambre du conseil, parce qu'on craint que l'audience publique ne soit de nature à le troubler, mais les autres parties de la procédure ont lieu et le jugement est rendu en audience publique (art. 496 et 498 C. pr.).

La loi veut aussi qu'on instruise à huis clos les demandes en autorisation de femme mariée, soit que le mari se trouve dans l'impossibilité ou dans l'incapacité de donner cette autorisation, soit qu'il l'ait refusée, bien que, dans ce dernier cas, il s'agisse de juridiction contentieuse. Mais la publicité de l'audience ne pourrait qu'aggraver le désaccord des époux. La loi n'a toutefois pas parlé du jugement qui statue sur cette demande. Dans son silence, il faut appliquer le droit commun, ce qui nous conduit à dire que le jugement sera rendu à huis clos, s'il s'agit d'une femme dont le mari est dans l'impossibilité ou en état d'incapacité d'autoriser sa femme, et qu'il sera rendu en audience publique si la femme veut vaincre le refus de son mari; dans le premier cas, il s'agit de juridiction gracieuse et dans le second de juridiction contentieuse (art. 861 et 862 C. pr.).

(1) Sans qu'il soit besoin en ce cas d'en référer au procureur général, à la Cour et au ministre de la justice, comme le prescrit l'art. 87. C. pr. L'art. 310 C. civ. modifié par la loi du 27 juillet 1884, en matière de demande à fin de conversion du jugement de séparation de corps, rendu depuis plus de trois années, en jugement de divorce, fait exception à cette règle; la demande à cette fin doit être débattue en chambre du conseil, mais le jugement seul sera rendu en audience publique.

Le Code civil voulait que les affaires de divorce fussent instruites à huis clos (art. 241 et 242). La loi actuelle du divorce, dont le texte a passé dans l'article 239 du Code civil, a soumis les demandes en divorce et, par cela même aussi, les demandes en séparation de corps, au droit commun. En d'autres termes, les procès de divorce et de séparation de corps sont, en principe, instruits en audience publique, mais le tribunal peut toujours, s'il craint le scandale, ordonner le huis clos (1). Ce qui est plus remarquable et ne saurait être trop approuvé, c'est la disposition de la même loi, également passée dans l'article 239 du Code civil, qui interdit aux journaux de reproduire les débats des instances en divorce sous peine d'une amende de 100 à 2000 francs.

Ajoutons encore que, par exception au droit commun, les incidents de procédure relatifs à la preuve, toutes les fois qu'ils s'instruisent devant un juge-commissaire, et dans cette limite seulement, se passent à huis clos.

Il ne suffit pas que l'instruction se fasse et que le jugement se rende en audience publique, il faut encore, à peine de nullité du jugement, que celui-ci mentionne la publicité de l'audience et celle de la prononciation du jugement (loi du 20 avril 1810, art 7) (1).

### § 55. — Clôture des débats; conclusions du ministère public (art. 93 et 94 C. pr.).

Une fois les plaidoiries terminées, le président prononce la clôture des débats. C'est alors le moment pour le tribunal, s'il le croit nécessaire, soit d'ordonner la communication au ministère public (art. 83 C. pr.), soit de nommer un rapporteur dont le travail servira de base au délibéré (art. 93 et 94 C. pr.).

Lorsque le juge rapporteur a fini son travail, il en donne lecture à l'audience, parties dûment appelées. C'est également à l'audience que le ministère public donne ses conclusions, toutes les fois que l'affaire est communicable, soit d'après la loi, soit en vertu d'un jugement du tribunal, soit à la demande du ministère public lui-même. Celui-ci n'est jamais tenu de donner ses conclusions immédiatement après la clôture des débats. La loi lui permet de demander un délai, mais il ne pourrait pas en obtenir un second (décret du 30 mars 1808, art. 84) (2). Nous avons déjà dit qu'en pratique le ministère public garde le silence et qu'il ne prend plus la parole que dans les affaires exceptionnellement graves. Il n'en faut pas moins que le jugement mentionne, à peine de nullité, la communication au ministère public, toutes les fois que la loi ordonne cette communication.

Dans les affaires jugées sur requête en chambre du conseil, le président rend une ordonnance qui prescrit la communication au ministère public et celui-ci

(1) L'énonciation qu'un jugement ou arrêt a été prononcé en audience publique constate suffisamment qu'il a été rendu publiquement, alors d'ailleurs qu'il résulte des qualités de la décision que les avoués et avocats des parties, ainsi que le ministère public, ont été entendus. Req., 12 juin 1877, S. 77, I, 298; civ. cass., 24 octobre 1888, D. P. 89, 1, 52.

(2) Cette disposition de la loi, d'ailleurs sans sanction, n'est jamais observée.

donne ses conclusions par écrit au bas de l'ordonnance (art. 885 et 886 C. pr.).

Dans ses conclusions, le ministère public expose son avis sur l'affaire; c'est ce qu'on exprime en disant qu'il est partie jointe, expression d'ailleurs inexacte, car, prise au pied de la lettre, elle pourrait faire croire que le ministère public est obligé de se joindre à l'un ou à l'autre des plaideurs, tandis qu'en réalité il a une pleine liberté d'appréciation de l'affaire. Mais il doit accepter le procès avec les limites et l'étendue que lui ont données les plaideurs. Il n'a pas le droit d'élargir le procès, d'émettre des prétentions ou des moyens auxquels les plaideurs n'ont pas recouru, et, par exemple, de demander la résolution du contrat ou sa nullité, alors que les parties ont plaidé sur son exécution, ou bien encore de soulever une cause de nullité dont il n'est rien dit dans les conclusions des plaideurs; autrement il inviterait le tribunal à statuer *ultra petita*, c'est-à-dire sur des prétentions qui n'ont pas été présentées par les parties. Par exception cependant, le ministère public peut et même doit proposer d'office tous les moyens qui touchent à l'ordre public, précisément parce que le tribunal a, dans ce cas aussi, le droit de les soulever d'office.

On voit combien est moins important le rôle du ministère public lorsqu'il est partie jointe, que quand il est partie principale. Partie principale, le ministère public prend part à la procédure; il fait et signifie des actes; il parle comme toute autre partie, avant la clôture des débats, et l'adversaire peut lui répondre; il peut récuser tel ou tel juge; il assiste à toutes les opérations de l'instruction; il peut étendre la sphère du procès. Partie jointe, il ne prend pas part à la procédure; il ne fait pas d'acte et n'en reçoit pas; on n'a pas le droit de lui répondre lorsqu'il a parlé après la clôture des débats; il peut être récusé et n'a pas le droit de récuser; il n'assiste pas aux opérations de l'instruction; il n'a pas le droit d'étendre le débat et il ne saurait être question pour lui de gagner ou de perdre le procès.

C'est précisément parce que le ministère public parle après la clôture des débats, qu'il est interdit aux parties de lui répondre. Elles n'ont pas davantage ce droit et pour le même motif vis-à-vis du rapporteur. Mais s'il s'est introduit quelque erreur dans les conclusions du ministère public ou dans le rapport du juge, chaque avoué peut adresser directement au tribunal une note rectificative (décret du 30 mars 1808, art. 87; art. 111 C. pr.). En pratique, il est d'usage que l'avoué communique sa note à l'avoué adverse pour éviter toute surprise. Si l'on avait permis aux avocats de plaider de nouveau sous prétexte de rectification des conclusions du ministère public ou du rapport du juge, les débats seraient devenus parfois interminables.

Par exception, cependant, les parties peuvent encore prendre la parole après le ministère public si les débats sont rouverts ou si le ministère public, d'ailleurs dans l'exercice de son droit, a soulevé une question nouvelle et, par exemple, proposé une peine disciplinaire contre un officier ministériel.

### § 56. — **Police des audiences** (art. 88 à 93 C. pr.).

Bien que les débats soient, en général, en matière civile, peu passionnés et n'attirent guère le public, il a fallu cependant, dans l'intérêt des plaideurs,

comme dans celui de la dignité de la justice, organiser la police des audiences ; c'est ce que font les articles 88 à 93 du Code de procédure, modifiés ou complétés par les articles 504 et 505 du Code d'instruction criminelle.

Ceux qui assistent aux audiences doivent se tenir découverts dans le respect et le silence (art. 88). Toutefois, les avocats jouissent comme les magistrats du privilège de rester couverts, même pendant leurs plaidoiries. Ils doivent se découvrir et se tenir debout pendant que le tribunal rend son jugement, ou pendant qu'ils lisent les conclusions ou les pièces des procès, parce qu'ils le font aux lieu et place des avoués.

L'article 89 ne permet d'expulser ceux qui troublent le bon ordre, qu'après avertissements des huissiers, mais il a été modifié par l'article 504 du Code d'instruction criminelle, qui autorise l'expulsion immédiate et sans avertissement si le trouble paraît assez grave. Celui qui refuserait de se retirer pourrait être sur-le-champ saisi et emprisonné pendant vingt-quatre heures.

Si le trouble est causé par un avocat ou un officier ministériel, le tribunal peut rendre un jugement exécutoire par provision, qui prononce la suspension du coupable, mais cette suspension ne doit pas dépasser trois mois la première fois. Cette disposition de l'article 90 du Code de procédure a été complétée, comme celle de l'article 89, par l'article 505 du Code d'instruction criminelle qui permet de prononcer les peines de simple police sans appel, de sorte qu'il ne peut plus être question d'exécution provisoire. La loi prévoit aussi dans l'article 91 le cas où les magistrats seraient injuriés ou menacés, mais il a été abrogé par les articles 222 et suivants du Code pénal.

La procédure des délits d'audience est réglée par les articles 504 et suivants du Code d'instruction criminelle, qui ont complété l'article 92 du Code de procédure. De ces articles, il résulte qu'il faut distinguer : 1° les délits d'audience ; 2° les délits ordinaires commis à l'audience. Les premiers peuvent toujours être réprimés par le tribunal devant lequel ils sont commis. Quant aux seconds, s'ils sont punis d'une peine de simple police ou de police correctionnelle, le tribunal a le droit de la prononcer. Mais s'il s'agit d'une infraction punie d'une peine afflictive ou infamante, le tribunal ne peut que constater cette infraction, en dresser procès-verbal et renvoyer l'affaire devant le juge d'instruction. Cependant, et en vertu d'une remarquable dérogation au principe suivant lequel le jury seul peut statuer sur les crimes, lorsqu'un crime est commis à l'audience d'une cour d'appel ou de la Cour de cassation, le coupable peut être immédiatement jugé par cette cour. L'instruction se fait publiquement et sans désemparer ; les témoins sont entendus, le ministère public conclut, le conseil choisi par le délinquant ou celui que le président lui a désigné présente sa défense et la cour statue ; mais la loi exige, en pareil cas, une majorité supérieure à la majorité absolue. Il s'agit d'un crime flagrant accompli devant la Cour, et la loi a pensé que s'il n'y avait pas à peu près unanimité, il n'était pas possible de condamner (voy. art. 506 et suiv. C. inst. crim.). Il va sans dire que toutes ces décisions relatives aux délits d'audience ou commis à l'audience doivent être motivées, quant à l'application de la peine. C'est le droit commun (1).

(1) Civ. cass., 21 mai 1878, S. 78, 1, 415.

TABLEAU D'UNE PROCÉDURE ORDINAIRE ET CONTRADICTOIRE, DÉGAGÉE D'INCIDENTS, DEVANT UN TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT.

1. Tentative de conciliation.
2. Ajournement, avec constitution d'avoué du demandeur.
3. Constitution d'avoué du défendeur.
4. Défenses et réponses (conclusions grossoyées) facultatives.
5. Communication au ministère public dans les cas déterminés par la loi.
6. Mise au rôle.
7. Avenir.
8. Plaidoiries à l'audience publique.
9. Clôture des débats.
10. Rapport du juge, dans certains cas seulement.
11. Conclusions du ministère public.
12. Délibéré, vote, jugement.
13. Prononcé du jugement à l'audience publique.

Pour connaître l'ensemble des actes d'une procédure exceptionnelle, il suffit de procéder par voie de retranchements au tableau précédent. Ainsi :

En cas d'instruction par écrit on supprime le n° 8.

En cas de procédure sommaire, le n° 4 disparaît.

La procédure des référés ne comprend que les nos 2 (sans constitution d'avoué), 7, 12, 13.

La procédure commerciale se compose des nos 2 (sans constitution d'avoué), 6, 8, 9, 10, 12, 13.

Enfin, dans la procédure des juges de paix et des conseils de prud'hommes, on ne relève que les actes 1, 2 (qui peut être supprimé), 6, 8, 9, 12, 13.

# CHAPITRE IV

## PROCÉDURES EXCEPTIONNELLES.

### § 57. — De l'instruction par écrit (art. 93 à 116 C. pr.).

L'instruction par écrit est, comme la procédure sommaire, une procédure d'une nature exceptionnelle. Mais tandis que celle-ci suppose des procès simples ou modiques, celle-là implique une cause particulièrement compliquée, par exemple une affaire de liquidation de communauté entre époux ou de société civile, un procès de succession qui oblige à remonter bien loin dans le passé pour rétablir les parentés, etc. Dans ces affaires et autres de même nature, les plaidoiries des avocats à l'audience ne feraient connaître aux juges les difficultés que d'une manière tout à fait imparfaite ; il faut que les magistrats soient éclairés par des écritures qu'ils pourront lire lentement et mûrement. De là, la procédure de l'instruction par écrit, où sont supprimées les plaidoiries des avocats et qui porte précisément ce nom parce

qu'elle consiste en requêtes grossoyées de la part des parties, productions de pièces et rapport d'un juge. Mais, tandis que la loi détermine elle-même quelles affaires seront soumises à la procédure sommaire, elle abandonne au contraire à l'appréciation des tribunaux l'emploi de l'instruction par écrit ; ils ont un pouvoir discrétionnaire pour l'ordonner, soit à la demande de l'une ou de l'autre des parties, soit même d'office.

Cette procédure vient de notre ancien droit où elle était connue sous le nom d'*appointement* et où elle donnait lieu parfois à des abus révoltants.

Dans notre ancien droit déjà, quand une affaire ne paraissait pas de nature à être développée verbalement à cause de ses complications, les juges ordonnaient l'appointement (1). On entendait aussi par appointements les sentences préparatoires par lesquelles les juges ordonnaient aux parties de produire leurs titres et pièces et d'exposer par écrit les moyens qu'elles en tiraient. Il y avait deux sortes d'appointements, l'appointement en droit et l'appointement à mettre. L'appointement en droit supposait que la solution du procès dépendait, non seulement de l'examen des titres et pièces, mais encore des questions de droit qu'il soulevait, tandis que dans l'appointement à mettre il n'y avait qu'un examen de faits prouvés par les titres et pièces qui devaient être produits, mais sans question de droit. Dans les appointements en droit, le délai était de huit jours pour écrire et produire et de huit autres jours pour contredire ; le délai était réduit à trois jours dans les appointements à mettre. Ces délais étant trop courts, on ne les observait pas et la loi ne limitant pas le nombre des écritures, on en faisait à l'infini. Les procureurs en étaient arrivés à prendre des années pour leurs écritures. Les premières écritures du demandeur s'appelaient des dits ; le défendeur répondait par des contredits ; les répliques s'appelaient des salvations, parce qu'elles avaient pour objet de maintenir sauves les premières affirmations. Les procureurs trouvaient de grands avantages dans ces sortes de procédures qui leur permettaient de signifier plus d'écritures que dans les affaires ordinaires, surtout dans les appointements en droit, et les magistrats, de leur côté, se laissaient volontiers aller à ordonner l'appointement à raison des épices particulièrement élevées attachées à ces causes, notamment au profit du rapporteur. On commençait par laisser l'affaire s'engager dans la procédure ordinaire, par écouter les plaidoiries et ensuite seulement on déclarait que l'instruction par écrit, c'est-à-dire l'appointement, était indispensable. Alors se succédaient et s'entassaient les unes sur les autres les écritures des procureurs, jusqu'au jour où les sacs étaient pleins. Lorsqu'enfin ils étaient remis au rapporteur, celui-ci les transmettait à son secrétaire chargé de travailler à l'extrait, c'est-à-dire au choix des pièces qui devaient servir d'élément au rapport.

Lorsque le juge avait terminé son rapport, il en donnait lecture en chambre du conseil, car les appointements, et c'était encore là un de leurs défauts, se jugeaient à huis clos. En réalité, trop souvent le rapporteur s'en tenait à l'avis de son secrétaire et ainsi l'affaire la plus laborieusement instruite tombait à la discrétion d'un jeune homme sans expérience. Dans tous les

(1) Le mot appointement s'appliquait dans un sens large à toutes espèces de règlements judiciaires touchant l'instruction d'un procès : il avait été pris du latin *adpunctare*, réduire à un point.

cas, les parties n'avaient connaissance du jugement que par le dépôt qu'en faisait le rapporteur au greffe.

Maintes fois, les ordonnances royales essayèrent, mais sans succès, de remédier aux abus; elles prescrivaient de ne recourir aux appointements que pour les affaires particulièrement importantes et difficiles. L'appointement devait même être le résultat d'une déclaration solennelle rendue à la majorité. Mais, en fait, on n'observait pas ces prescriptions et l'appointement était ordonné pour ainsi dire machinalement. Souvent même, on ne rendait aucune sentence et on arrangeait le tout au greffe. Il en résultait que les juges, certains que l'appointement serait ordonné, n'écoutaient pas les plaidoiries et ne lisaient pas les écritures préliminaires. Il y a plus : on supprimait même les plaidoiries dans certains cas et on ordonnait d'emblée l'appointement, bien que cela fût contraire aux ordonnances qui prescrivaient de n'appointer qu'après plaidoiries. On n'observait pas davantage les ordonnances qui interdisaient l'appointement pour certaines causes; celles-ci y étaient soumises comme les autres.

Aussi cette procédure était-elle devenue tout à fait odieuse aux plaideurs. Lors du procès du Père Lavalette, qui précéda la dissolution de l'ordre des jésuites, l'avocat du Père Lavalette demanda l'appointement de la cause. Mais celui de la partie adverse, maître Legouvé, s'y opposa en déclarant que l'appointement n'était qu'un moyen de retarder indéfiniment le jugement de l'affaire et, à titre de preuve, il donna lecture d'un passage consacré dans le dictionnaire de Trévoux aux appointements et duquel il résultait que quand les juges veulent favoriser une mauvaise cause, ils sont d'avis de l'appointer au lieu de la juger.

A l'époque de la rédaction du Code de procédure, les appointements étaient tellement décriés, que le nouveau législateur eut soin d'éviter l'emploi de ce mot et qu'un des rapporteurs alla même jusqu'à dire : « Calmez vos inquiétudes sur l'abus, cette mesure n'a rien de commun avec les anciens appointements. » C'était inexact : l'instruction par écrit correspond à la procédure des appointements, mais on a eu soin d'empêcher les anciens abus au moyen de deux innovations importantes : en limitant le nombre des écritures qui peuvent entrer en taxe, alors que l'ordonnance de 1667 laissait pleine liberté aux procureurs ; en donnant des délais raisonnables pour la confection des écritures, alors qu'autrefois les délais étaient si courts qu'on ne les observait pas.

L'instruction par écrit se compose des écritures des parties, des pièces qu'elles versent au procès avec un état de production et du rapport du juge. L'instruction par écrit peut être substituée à la procédure ordinaire par le tribunal d'arrondissement dans tous les cas où il estime que les plaidoiries seraient insuffisantes pour l'éclairer. Mais il est interdit aux juges de soumettre à cette procédure les affaires sommaires. L'article 405 du Code de procédure s'y oppose formellement. L'instruction par écrit peut aussi être ordonnée par les cours d'appel ; au contraire, elle est impossible devant les autres juridictions, par cela même qu'elle suppose le ministère des avoués.

Le tribunal saisi d'une affaire peut ordonner l'instruction par écrit avant ou après les plaidoiries, d'office ou sur la demande de l'un des plaideurs et

malgré la contradiction de l'autre. Sous ces rapports, la loi ne limite pas le pouvoir du juge. Mais il faut toujours un jugement qui ordonne cette procédure, et ce jugement, nous le verrons bientôt, est préparatoire, car il concerne l'instruction de l'affaire et ne préjuge pas le fond. L'article 91 du Code de procédure ajoute que le jugement sera rendu à l'audience et à la pluralité des voix. C'est un emprunt fait à l'ordonnance de 1667 (tit. XI, art. 9), qui voulait par là condamner la pratique des appointement pris au greffe. Mais aujourd'hui cette disposition est bien à peu près inutile, par cela même qu'elle ne fait que reproduire le droit commun. Tous les jugements contentieux doivent en effet, en principe, être rendus à l'audience ; les jugements gracieux seuls sont prononcés en chambre du conseil.

On a enseigné, autrefois, que l'instruction par écrit ne peut pas être ordonnée par jugement par défaut, mais cette opinion est aujourd'hui abandonnée; le défaut de l'une des parties n'a pas pour effet de rendre simple une affaire compliquée, et l'on ne voit pas pour quel motif une partie pourrait empêcher l'instruction par écrit en se dispensant de comparaître.

L'instruction par écrit ayant été ordonnée par jugement, le demandeur doit signifier ce jugement au défendeur. Dans la quinzaine de cette signification, le demandeur, ou plus exactement son avoué, doit accomplir les actes suivants : rédiger une requête contenant les moyens à l'appui ; réunir ses pièces; dresser un état de ces pièces appelé inventaire de production et placé à la suite de la requête ; signifier sa requête ; dans les vingt-quatre heures, produire les pièces au greffe et, dans le même délai, signifier l'acte de production (art. 96 C. pr.).

Dans la quinzaine de la production du demandeur au greffe et de sa signification, le défendeur doit : prendre communication de la production du demandeur ; rédiger sa requête en défense ; réunir ses pièces ; en dresser état au bas de sa requête ; signifier sa requête; dans les vingt-quatre heures de cette signification, remettre au greffe la production du demandeur ; faire la sienne ; la signifier au demandeur.

Le demandeur a huitaine pour prendre connaissance de la requête de la production du défendeur (art. 97 et 98 C. pr.).

Chaque partie produit les pièces qu'elle croit utiles à son intérêt. Nous examinerons ultérieurement la question de savoir si une partie peut être contrainte à produire une pièce qui fait preuve contre elle. Ce qui est certain et doit être dès maintenant retenu, c'est que toute pièce apportée au procès devient, pendant la durée du litige, pour ainsi dire commune aux deux plaideurs, de sorte que celui qui a produit cette pièce ne peut pas la retirer sans le consentement de l'autre au risque de commettre un délit (art. 409 C. pén.).

Si le demandeur ne fait pas sa requête et ne signifie pas ses pièces dans le délai de quinzaine, soit par malice, soit qu'il estime l'ajournement suffisant pour faire valoir son droit, le défendeur, à l'expiration de la quinzaine, fait sa requête et sa production comme il vient d'être dit et les signifie au demandeur qui n'a plus que huitaine pour contredire. Comme c'est peut-être par fraude que le demandeur oblige ainsi le défendeur à produire le premier, on permet dans ce cas, pour rétablir l'équilibre, au défendeur de répondre ensuite au demandeur par une seconde requête.

Si c'est le défendeur qui ne produit pas dans le délai, il est procédé au jugement sur la production du demandeur seul. Celui-ci, le délai de quinzaine expiré sans que le défendeur ait pris communication des pièces, a le droit de poursuivre immédiatement l'audience, le défendeur étant censé avoir renoncé au droit de prendre communication des pièces.

Lorsqu'il y a plusieurs défendeurs, s'ils ont le même intérêt, ou s'ils ont des intérêts distincts, mais ont cependant constitué le même avoué, la procédure ne subit aucun changement. S'ils ont le même intérêt et plusieurs avoués, la communication est faite à l'avoué le plus ancien. S'ils ont des intérêts différents et des avoués différents, chacun a un délai spécial de quinze jours, pour prendre communication, répondre et produire.

La loi a établi plusieurs règles destinées à prévenir les anciens abus des écritures.

En premier lieu, elle n'autorise qu'une requête de la part de chaque partie; il n'y a exception que pour le cas où le demandeur n'a pas commencé les écritures ; le défendeur ayant ouvert la procédure, on lui permet, comme on l'a dit, une seconde requête en réponse à celle du demandeur. Si de nouvelles productions de pièces sont nécessaires au cours du procès, on peut les faire, mais sans écritures. Toutefois, l'adversaire de celui qui a fait la nouvelle production peut répondre par une requête, pourvu qu'elle ne dépasse pas six rôles (art. 102 et 103 C. pr.). Toutes écritures faites en dehors de celles qu'autorise la loi sont d'ailleurs valables, mais elles n'entrent pas en taxe et restent définitivement à la charge de celui qui les a faites, même dans le cas où il gagne le procès.

En second lieu, les délais établis pour la rédaction et la signification des écritures ne sont pas prescrits à peine de nullité. Tant que les pièces ne sont pas entre les mains du rapporteur, les productions peuvent être faites et cela ne présente aucun inconvénient, puisque les procédures sont limitées. Les prolongations de délai ne seraient funestes que si elles permettaient de signifier de nouvelles écritures.

En troisième lieu, les avoués doivent déclarer au bas des originaux et des copies de leurs requêtes, ainsi que dans les actes de production, le nombre des rôles à peine de rejet de la taxe (art. 104 C. pr.).

Ces dispositions, reproduites par l'article 74 du tarif, comme on l'a déjà vu, sont beaucoup plus générales qu'il ne semble au premier abord, car elles s'appliquent aussi bien aux écritures de la procédure ordinaire qu'à celles de l'instruction par écrit ; elles concernent également les écritures du demandeur et celles du défendeur; elles ont pour objet de rendre impossible un abus qui s'était introduit dans notre ancienne procédure, où les procureurs, on s'en souvient, pour augmenter leurs émoluments, introduisaient, après coup, d'énormes cahiers d'écritures et faisaient, comme on disait alors, des ventres de requêtes.

Une fois les productions faites ou les délais donnés pour les faire expirés, le greffier, sur la réquisition de la partie la plus diligente, les remet au rapporteur nommé par le jugement qui a ordonné l'instruction par écrit (art. 109 C. pr.). Lorsque le juge rapporteur ne peut ou ne veut remplir sa mission, par exemple s'il décède, tombe malade ou se démet, la partie la plus dili-

gente présente requête au président qui rend une ordonnance par laquelle il nomme un nouveau rapporteur et cette même partie signifie cette ordonnance à l'autre ou à son avoué trois jours au moins avant le rapport (art. 110 C. pr.).

La loi ne fixe aucun délai au rapporteur pour l'accomplissement de sa tache ; elle se fie à son zèle. Aussitôt le rapport prêt, les avoués sont prévenus, ordinairement par le greffier, du jour où il sera lu à l'audience, pour que les parties et leurs avoués puissent y assister.

Le rapport est lu à l'audience publique ; il résume les faits et les moyens, mais le juge ne doit pas faire connaître son avis (art. 111 C. pr.); il opine toutefois le premier, lorsque les voix sont recueillies pour le jugement (décret du 30 mars 1808, art. 35 et 73).

Les parties ne peuvent pas prendre la parole pour compléter ou rectifier le rapport du juge (art. 111 C. pr.). Cette règle s'applique aussi aux matières ordinaires. Le motif de la loi est le même dans les deux cas : le rapport n'est lu qu'après la clôture des débats et si on permettait aux avocats de plaider sur le rapport, l'affaire pourrait se prolonger inutilement (1).

Dans les affaires instruites par écrit, le ministère public donne aussi, s'il y a lieu, ses conclusions à l'audience (art. 112 C. pr.) et il peut, lui aussi, commettre des erreurs ou des omissions. Nous avons vu qu'en matière ordinaire les avoués des parties peuvent rectifier ou compléter, soit le rapporteur, soit le ministère public, au moyen de simples notes manuscrites remises sur-le-champ par les avoués intéressés au président du tribunal. Mais les convenances exigent que ces avoués, malgré le silence de la loi sur ce point, communiquent au préalable la note à leurs confrères pour que ceux-ci puissent, de leur côté, réclamer contre qui de droit en sens inverse.

Le jugement rendu sur l'instruction par écrit est susceptible des voies de recours ordinaires ou extraordinaires, suivant le droit commun. Si aucune des parties n'a produit ses pièces, le tribunal se borne à rayer l'affaire du rôle. Si l'une a fait ses écritures et réuni ses pièces tandis que l'autre s'en est dispensé, le jugement est dit par forclusion, ce qui signifie que la partie a été déchue du droit de produire par la lecture du rapport du juge. Ce jugement est d'ailleurs contradictoire, du moment que les deux parties ont conclu au fond avant que l'instruction par écrit ne fût ordonnée et à l'appel de la cause à l'audience. Il était donc bien inutile de dire, comme l'a fait l'article 113 du Code de procédure, qu'il n'est pas susceptible d'opposition. Il ne comporterait cette voie de recours qu'autant qu'une des parties n'aurait pas conclu à l'audience, de telle sorte que le jugement ordonnant l'instruction par écrit serait déjà lui-même par défaut.

Il nous reste, pour terminer cette matière, à expliquer quelques dispositions consacrées à la responsabilité des avoués, greffier, juge rapporteur, quant aux pièces produites (art. 106, 107, 108, 109 *in fine*, 114, 115 C. pr.). Ces dis-

(1) On a dit aussi que les avocats pourraient manquer aux convenances vis-à-vis du rapporteur, mais cette raison n'a aucune valeur. A la Cour de cassation, les avocats discutent souvent les rapports des conseillers et on n'a jamais constaté la moindre infraction aux convenances; nous verrons qu'en matière d'ordre, de distribution par contribution et d'incidents sur le partage, on plaide aussi après le rapport du juge.

positions peuvent se résumer ainsi. Chaque pièce que produit une partie est remise par elle au greffier qui fait mention de la production sur un registre tenu de la manière prescrite par l'article 108. Les pièces sont communiquées à l'avoué adverse, soit sur récépissé, soit au greffe. Tantôt l'avoué est autorisé à emporter la pièce à son étude à la condition d'en donner un reçu ou récépissé au greffier (art. 106 C. pr.), tantôt la pièce est trop importante pour qu'on en autorise le déplacement (il s'agit par exemple d'un testament olographe rédigé en un seul exemplaire) et alors c'est au greffe même que l'avoué adverse doit en prendre connaissance (art. 77 C. pr.). Dans le premier cas, l'avoué doit remettre, dans les vingt-quatre heures, au greffe la pièce communiquée, au risque d'encourir les condamnations édictées par l'article 107 du Code de procédure. La partie qui a produit la pièce peut requérir ces condamnations sans constituer avoué ; la loi a pensé qu'il lui serait difficile de trouver un avoué disposé à conclure contre un confrère pour une affaire qui implique de sa part une faute professionnelle. Le jugement, qui ordonne la restitution au greffe de la pièce, condamne en outre l'avoué à dix francs de dommages-intérêts par chaque jour de retard (décret du 30 mars 1808, art. 66). Ce jugement n'est pas susceptible d'appel de la part de l'avoué. Mais peut-il être attaqué par l'opposition, s'il est rendu par défaut ? Dans le silence de la loi, l'affirmative semble bien s'imposer, puisque l'opposition est de droit commun contre les jugements par défaut. Et cependant la solution contraire paraît bien être dans l'esprit de la loi. La raison qui a décidé le législateur à exclure l'appel existe aussi pour écarter l'opposition : le législateur, en obligeant les avoués à restituer les pièces dans des délais très courts, a voulu leur retirer le moyen de retarder le procès. Or l'opposition et l'appel, étant suspensifs de l'exécution, leur permettraient de ne pas restituer tant qu'il n'aurait pas été statué sur ces voies de recours. D'ailleurs, l'avoué est presque toujours en faute lorsqu'il laisse prendre défaut contre lui, car il ne peut pas ignorer qu'il est l'objet d'un procès en restitution de pièces.

Dès qu'une pièce est rétablie au greffe, le greffier en devient de nouveau responsable.

Une fois les communications terminées entre les avoués, le greffier remet les pièces au juge rapporteur qui en devient à son tour responsable (art. 109 C. pr.). Le jugement rendu, le juge rapporteur restitue les pièces au greffier, et la responsabilité repose maintenant encore sur lui (art. 114 C. pr.). Enfin, le greffier restitue les pièces à chaque avoué et en est déchargé par cette restitution (art. 115 C. pr.). La loi dit que les avoués, en retirant leurs pièces, émargeront le registre et que l'émargement servira de décharge au greffier (art. 115 C. pr.). Cette disposition semble donner ainsi à chaque avoué le droit de venir isolément reprendre ses pièces, mais cela serait dangereux. Aussi, le tarif (art. 70 et 87) a prévu ce danger : l'avoué le plus diligent fait sommation aux autres avoués de la cause de se trouver tel jour, à telle heure au greffe, pour le retrait des pièces, lequel s'opère ainsi en même temps pour tous. Si une partie restait cinq ans, à partir du jugement, sans réclamer une pièce, soit du juge, soit de son avoué, elle pourrait être repoussée par la prescription (art. 2276 C. civ.).

La soustraction, la destruction, l'enlèvement des pièces pendant leu dépôt au greffe constituent, suivant la qualité des personnes coupables, un crime ou un délit puni par les articles 254, 255, 409 du Code pénal.

En théorie, la procédure de l'instruction par écrit compte, encore aujourd'hui, des partisans. Dans la doctrine, il est certain qu'elle peut rendre de sérieux services dans les affaires compliquées ; il est également hors de doute qu'elle pourrait être simplifiée et améliorée. Mais à quoi bon insister sur les réformes à introduire dans une procédure dont la pratique ne veut plus et ne se sert plus? On préfère aujourd'hui, même pour les affaires les plus compliquées, s'en tenir à la procédure ordinaire, sauf à ordonner une expertise ou laisser les parties rédiger de longs et savants mémoires. Ce dernier procédé offre cependant un inconvénient : ces mémoires, n'étant pas prévus par le tarif civil, ne peuvent pas entrer en taxe, de sorte que chaque plaideur, même le gagnant, en supporte la dépense, à moins qu'elle ne puisse être mise à la charge de l'autre partie, à titre de dommages-intérêts.

### § 58. — **Procédure sommaire** (art. 404 à 407 C. pr.).

Nous avons vu qu'après avoir établi une procédure ordinaire, de droit commun, applicable en principe à toutes les affaires civiles de la compétence des tribunaux d'arrondissement, composée de requêtes en défenses et en réponses ou conclusions grossoyées, d'ailleurs facultatives, et de plaidoiries à l'audience, le législateur a admis deux procédures d'une nature exceptionnelle, celle de l'instruction par écrit pour les affaires particulièrement compliquées, dans lesquelles les plaidoiries sont supprimées, et où l'instruction se fait exclusivement par écrit, en second lieu, la procédure sommaire dont sont au contraire exclues les écritures.

La procédure sommaire a, en matière civile, un caractère exceptionnel devant les tribunaux d'arrondissement : elle n'est admise dans la loi que pour certains cas spécialement déterminés; il en résulte que, dans le doute, il faut préférer la procédure ordinaire à la procédure sommaire. Pour les affaires de la compétence des tribunaux de commerce, des juges de paix et des conseils de prud'hommes, il n'existe, au contraire, que des procédures sommaires encore plus simples et plus rapides que celles établies pour les tribunaux d'arrondissement ; c'est ainsi qu'elles n'exigent pas le ministère des avoués.

Toutes les fois que le législateur a prescrit la procédure sommaire pour une affaire de la compétence du tribunal d'arrondissement, c'est pour l'une ou l'autre des raisons suivantes : ou l'affaire est très simple, quoique des intérêts considérables y soient engagés; ou elle n'offre qu'un intérêt modique, quoique l'objet du procès soit peut-être très compliqué ; ou enfin l'affaire requiert célérité. Dans ces trois cas, la procédure ordinaire aurait de graves inconvénients. Si on l'employait dans une affaire simple, elle causerait des frais et des lenteurs inutiles; dans un procès d'un intérêt médiocre, les frais seraient hors de proportion avec le litige engagé; dans une affaire requérant célérité, la procédure ordinaire retarderait le jugement du litige.

Déjà Justinien avait reconnu la nécessité d'une procédure sommaire, soit à raison de la modicité du procès, soit à raison de la condition des plaideurs ;

il voulait qu'on jugeât ces affaires *sine scriptis et sine aliqua expensa* (Nov. 17, cap. 3). Dans notre ancien droit, on relève de très bonne heure l'existence d'une procédure sommaire, notamment dans les *Établissements de Saint-Louis*.

A l'époque monarchique, les ordonnances royales prescrivirent maintes fois l'emploi de la procédure sommaire dans les affaires peu compliquées ou d'un intérêt modique. Une ordonnance de Charles VIII, de 1490, décida que pour éviter les grands frais dans les petites causes les juges devraient statuer sommairement dans les affaires qui ne dépasseraient pas trois livres tournois à payer en une fois. L'ordonnance de 1560 (art. 57) prescrivit aussi l'emploi de la procédure sommaire pour les affaires les plus simples et interdit aux juges, pour les mêmes cas, de prendre des épices sous peine de restitution au quadruple. L'ordonnance de Blois de 1579 rappela que toute affaire devrait être sommaire lorsque son intérêt n'excéderait pas trois écus un tiers. En outre, elle interdit formellement aux plaideurs de se faire représenter ou assister par des avocats. Le Code Michaud s'occupa aussi des affaires sommaires dans son article 15, mais le renouvellement même de ces dispositions prouve qu'elles n'étaient pas observées. Les magistrats continuaient à appointer même les causes les plus simples pour augmenter les frais et les épices. L'ordonnance de 1667 fut mieux inspirée sous certains rapports dans son titre XVII (art. 1er et suiv.). Elle donna l'énumération des affaires qui devraient être jugées sommairement, mais elle eut le tort de permettre le ministère des procureurs et des avocats, d'ailleurs à titre purement facultatif. L'ordonnance de 1667 veut qu'on juge sommairement les affaires qui n'excèdent pas 400 livres dans les cours supérieures et dans les autres justices royales ou 200 livres dans les justices seigneuriales. D'autres affaires sont encore déclarées sommaires à cause de leur nature, de leur urgence ou de leur simplicité.

Le Code de procédure s'est inspiré du même esprit, mais il a eu deux torts : il a rendu obligatoire le ministère des avoués et celui des avocats ; il n'a donné, dans l'article 404 du Code de procédure, qu'une énumération très incomplète des affaires sommaires et il a, dans un grand nombre d'autres dispositions soit du Code civil, soit du Code de procédure, déclaré que telles affaires ou tels incidents s'instruiraient sommairement, sans s'expliquer sur le sens de ce mot, sans dire s'il est pris dans son sens technique ou s'il est employé dans son sens ordinaire, c'est-à-dire comme synonyme de rapidement, de sorte que l'affaire resterait ordinaire mais devrait être instruite très vite.

La question est cependant fort importante, car il existe de nombreuses différences entre les affaires sommaires et les affaires ordinaires. Mais il serait prématuré de l'aborder dès maintenant. Voyons d'abord quelles sont les affaires sommaires aux termes de l'article 404. Nous pourrons constater sans peine que chacune d'elles a été déclarée sommaire pour un des trois motifs précédemment indiqués.

Sont matières sommaires :

1° Les appels des juges de paix. Nous avons vu, avec la loi du 25 mai 1838, modifiée sur certains points par celle du 2 mai 1855, quelles sont les affaires dont les juges de paix connaissent à charge d'appel. Cet appel est porté au

tribunal d'arrondissement qui le juge avec la procédure sommaire, le plus souvent à cause de la modicité de l'intérêt engagé;

2° Les demandes pures personnelles, à quelque somme qu'elles puissent monter, quand il y a titre, pourvu qu'il ne soit pas contesté. Cette expression « *demande pure personnelle* » a pour objet d'exclure toutes les matières immobilières et même les matières réelles mobilières. Il ne faut pas oublier, en effet, que nous sommes ici en matière exceptionnelle, et que, dans le doute, l'expression de la loi doit être prise dans son sens le plus étroit.

Pour que l'affaire soit sommaire, il ne suffit même pas que l'action soit personnelle mobilière : il faut encore que le titre ne soit pas contesté et ce terme a été la cause de bien des controverses. Pour les résoudre, il faut se rappeler avant tout l'esprit de la loi. Il s'agit ici d'affaires qui doivent être sommaires, non pas à cause de la modicité des intérêts engagés, mais à raison de leur simplicité; peu importe l'importance du litige : du moment que le titre n'est pas contesté, l'affaire sera sommaire à cause de cette simplicité. Mais alors que faut-il entendre par titre ?

Les uns estiment que ce mot est tout simplement synonyme de titre écrit, authentique ou sous seing privé. Du moment que la sincérité ou la validité de cet écrit ne serait pas contestée, l'affaire deviendrait sommaire. Cette solution est inadmissible : il n'est pas possible de faire abstraction du fond même du débat qui peut être fort compliqué, et par exemple d'admettre que l'affaire soit sommaire, quoique le défendeur conteste la prétention du demandeur en soutenant que le contrat est entaché de nullité pour cause d'erreur, de dol ou de violence, ou encore que la libéralité n'est pas une donation ordinaire et constitue une substitution prohibée. Ce sont là des questions fort difficiles à résoudre et qui ne sauraient être suffisamment instruites avec la procédure sommaire (1).

Aussi préfère-t-on reconnaître aujourd'hui que le mot titre ne désigne pas seulement l'écrit authentique ou sous seing privé qui relate le droit, mais encore et aussi le fond de ce droit. Ce mot, à lui seul, dit donc deux choses à la fois : pour qu'une demande personnelle soit sommaire, quel que soit le montant du procès, il faut que le droit invoqué par le demandeur ne soit pas contesté, ni l'écrit qui constate ce droit. Mais certains auteurs se sont demandés comment, dans ces circonstances, un procès peut exister et, craignant de trop restreindre ce champ d'application de la procédure sommaire, ils ont proposé l'explication suivante qui est purement arbitraire et contraire à l'esprit de la loi : pour que le titre, en tant qu'il s'agit du fond du droit, soit considéré comme n'étant pas contesté, il suffit que le défendeur reconnaisse qu'au moment de sa naissance le droit du demandeur était parfaitement valable, lors même qu'il soutiendrait qu'au moment du procès il ne l'est plus ou n'existe même plus, par suite d'un événement ultérieur (2) tel qu'un paiement, une compensation. Ne voit-on pas tout de suite que les contestations de cette nature peuvent encore être très graves et doivent, par

(1) En raisonnant ainsi on suppose, ce qui était dans l'intention du législateur, que les conclusions grossoyées jouent un rôle important dans l'instruction du procès.

(2) Voy. la jurisprudence dans *Jur. gén.*, v° *Matière sommaire*, n° 26; civ. cass., 5 mars 1860, D. P. 60, 1, 125.

cela même, comporter la procédure ordinaire? D'ailleurs, soutenir que tel titre n'existe plus actuellement, n'est-ce pas le contester au premier chef?

Nous déciderons donc qu'en matière pure personnelle, quel que soit le montant du litige, l'affaire ne sera sommaire qu'autant que le titre écrit ne sera pas contesté (et au titre écrit nous assimilerons la promesse verbale reconnue) et que le fond du droit ne le sera pas davantage. Même avec cette interprétation, les affaires sommaires pour cette cause seront encore très nombreuses. Nous y ferons rentrer notamment tous les procès que les créanciers sont obligés d'intenter contre leurs débiteurs, quoique ceux-ci ne contestent rien, mais parce que ces créanciers n'ont pas un titre exécutoire et qu'il leur faut prendre jugement pour pouvoir recourir aux voies d'exécution. Seront encore sommaires toutes les affaires dans lesquelles la difficulté ne portera que sur un accessoire du droit non contesté, par exemple si le débiteur demande un terme de grâce, s'il y a procès sur l'échéance du terme de droit, sur le taux des intérêts stipulés, etc.

3° Sont aussi affaires sommaires les demandes formées même sans titre, lorsqu'elles n'excèdent pas, aux termes de notre article, 1 000 francs, chiffre qui a été modifié par la loi du 11 avril 1838 et porté à 1 500 francs. Cette loi de 1838 (art 1er, dernier alinéa), en élevant la compétence en dernier ressort du tribunal d'arrondissement, a eu le soin de dire que les affaires seraient aussi sommaires jusqu'à concurrence de cette somme. En d'autres termes, le législateur a entendu, comme cela résulte de l'article 1er de la loi du 11 avril 1838, établir une corrélation parfaite entre la procédure sommaire et la compétence en dernier ressort. Nous en conclurons qu'on doit aujourd'hui considérer comme sommaires les actions réelles ou mixtes immobilières, toutes les fois que le litige est né à l'occasion d'un immeuble dont le revenu ne dépasse pas 60 francs par an constaté par contrat de bail ou de rente perpétuelle. De même, si le défendeur a formé une demande reconventionnelle, l'affaire restera sommaire, pourvu que chacune des deux demandes ne dépasse pas 1 500 francs. Dès que l'une des deux (peu importe laquelle) est supérieure à cette somme, l'appel est admis sur le tout, c'est-à-dire même sur la demande qui, dans le cas où elle aurait été seule, n'aurait pas comporté cette voie de recours. Nous en concluerons que, dans ce cas, les deux demandes, même celle qui ne dépasse pas 1 500 francs, doivent être jugées avec la procédure ordinaire.

Ces actions personnelles ou même réelles, de la compétence en premier et dernier ressort des tribunaux d'arrondissement, sont jugées comme matière sommaire, même quand elles sont formées sans titre, nous dit la loi, c'est-à-dire sans écrit. Mais il faut toujours supposer qu'il y a un titre, si on prend ce terme comme synonyme de source du droit du demandeur. Peu importe ici que ce titre soit ou non contesté et il pourra même arriver que la contestation soulève des difficultés très délicates. Ce qui rend ici l'affaire sommaire, ce n'est plus, comme dans l'hypothèse précédente, sa simplicité, mais la modicité de l'intérêt; c'est précisément pour cela qu'il importe peu que le titre soit contesté ou non, car cette contestation n'empêche par l'intérêt de rester modique. Le législateur a voulu éviter à ces affaires les frais toujours élevés d'une procédure ordinaire.

Pour savoir si une affaire comporte la procédure sommaire en vertu de notre disposition, il faut donc rechercher si elle est susceptible d'appel. C'est ainsi que se pose ici la question de savoir à quoi on doit s'attacher pour décider si une demande est supérieure à 1500 francs de principal. Nous la retrouverons à propos de l'appel. Toutefois, il peut arriver au cours du procès que, par suite de conclusions additionnelles étendant la demande ou la restreignant, l'affaire cesse d'être jugée en dernier ressort et devienne susceptible d'appel, ou qu'au contraire elle cesse d'être susceptible d'appel et soit jugée en dernier ressort. En pareil cas, la procédure sera-t-elle également modifiée? Il faut distinguer : si l'affaire, d'abord en dernier ressort, devient ensuite susceptible d'appel, alors aussi l'instruction cesse d'être sommaire et devient ordinaire; mais si l'affaire, qui devait être d'abord jugée à charge d'appel, l'est ensuite sans appel, doit-on quitter la procédure ordinaire pour prendre la procédure sommaire? L'affirmative paraît naturelle et logique, et cependant certains auteurs la repoussent en disant, en termes assez vagues, et même sous forme d'une pétition de principe, qu'on ne peut pas abandonner la règle pour prendre l'exception. Toutefois, si au cours de l'instance le tribunal a rendu un jugement d'incident qui scinde la procédure en deux parties, il semble qu'on ne doit plus éprouver d'hésitation pour admettre qu'à partir de ce jugement la procédure précédemment ordinaire deviendra sommaire, si la valeur du procès est descendue au taux de la compétence en dernier ressort. Parfois, les parties conviennent de renoncer à la voie de l'appel, et alors se présente la question de savoir si l'affaire devient aussi sommaire en pareil cas. Cette difficulté dépend d'une autre question que nous rencontrerons bientôt : la division des affaires en ordinaires ou sommaires est-elle d'ordre public?

4° Sont encore affaires sommaires les demandes provisoires ou qui requièrent célérité. Ici on emploie la procédure sommaire, on supprime quelques formes pour aller plus vite. La question de savoir si une affaire requiert célérité est avant tout de pur fait et, comme telle, abandonnée à l'appréciation souveraine des juges. Nous citerons comme exemples d'affaires requérant presque toujours célérité : les demandes de main levée d'opposition à mariage (art. 177 et 178 C. civ.); les demandes d'exclusion ou de destitution de la tutelle; toutes les affaires que l'article 49 du Code de procédure dispense de la tentative de conciliation pour cause de rapidité; les cas dans lesquels les tribunaux doivent ou peuvent accorder l'exécution provisoire aux termes de l'article 135 du Code de procédure; les demandes en restitution de pièces (art. 102 C. pr.); les demandes en vérification d'écritures (art. 192 C. pr.); les demandes en distraction en matière de saisie-exécution (art. 608 C. pr.); les demandes en validité des diverses saisies conservatoires; la réception de la caution en matière de surenchère sur aliénation volontaire (art. 832 C. pr.). La demande en validité d'une saisie-arrêt est toujours sommaire, car il est urgent de rendre au débiteur, s'il y a lieu, la disposition de sa créance (arg. art. 49 et 563 C. pr.). Mais l'instance en déclaration affirmative peut n'être pas sommaire, tout dépend des circonstances et, quant à l'avoué du tiers saisi, il a toujours droit aux émoluments que lui reconnaissent les articles 70 et 92 du tarif civil.

On a vu que le président du tribunal accorde très facilement l'autorisation d'assigner à bref délai, même dans des cas où la célérité n'est pas prouvée; mais l'ordonnance qu'il rend à cet effet au profit du demandeur et en l'absence du défendeur est de juridiction gracieuse et comme telle ne juge rien; elle ne décide donc pas, avec l'autorité qui s'attache à la chose jugée, que l'affaire requiert célérité et qu'elle doit être instruite sommairement. Le tribunal conserve son entière liberté d'appréciation sur ces deux points (1).

5° Enfin sont encore sommaires, aux termes de notre article, les demandes en paiement de loyers, fermages, arrérages de rentes. Ces affaires sont toujours fort simples et de plus requièrent célérité. Il faut supposer que la demande en paiement de loyers ou de fermages concerne un bail supérieur à 400 francs par an, car, jusqu'à concurrence de cette somme, c'est le juge de paix qui est compétent aux termes de la loi du 2 mai 1855 et non pas le tribunal d'arrondissement. Celui-ci ne pourrait connaître de l'affaire qu'en cas d'appel du juge de paix; elle serait encore sommaire, mais en vertu du n° 1 de notre article et non plus en vertu du n° 5. Notre disposition suppose bien entendu qu'à la demande en paiement des loyers, fermages et arrérages ne se joignent pas des conclusions tendant à la résiliation du bail ou au remboursement de la rente; autrement l'affaire deviendrait ordinaire, à moins que la résiliation ou le remboursement ne requérassent célérité ou que la demande en résiliation ou en remboursement ne fût pas contestée.

Telle est l'énumération de l'article 404; elle n'est pas limitative et a seulement pour objet de grouper les cas les plus fréquents d'application de la procédure sommaire. Il y en a encore beaucoup d'autres dans lesquels les lois les plus diverses prescrivent l'emploi de cette procédure. A titre d'exemples, nous relèverons comme matières sommaires : les procès relatifs aux servitudes d'irrigation (loi du 29 avril 1845, art. 4 et loi du 11 juillet 1847, art. 3); les actions civiles intentées par les communes ou dirigées contre elles relativement à leurs chemins (loi du 20 août 1881, art. 18); les demandes en nullité de ventes d'animaux pour vices rédhibitoires (loi du 2 août 1884, art. 9); les demandes en paiement de frais faites par les officiers ministériels (arg. art. 147 du tarif); les demandes en dommages-intérêts formées par les ouvriers à raison des accidents du travail (loi du 9 avril 1898).

L'article 823 du Code civil veut que la demande en partage soit jugée sommairement. On a dit, il est vrai, que cet article a été abrogé par l'article 1041 du Code de procédure, mais on n'a pas observé que l'article 823 du Code civil, en tant qu'il détermine la procédure du partage, est une loi spéciale et qu'une loi générale postérieure comme le Code de procédure n'abroge pas tacitement une loi spéciale antérieure. Il faut donc encore observer l'article 823. Mais la procédure ne sera sommaire qu'autant que la contestation se limitera au partage et, par exemple, si elle porte sur la manière d'y procéder ou de le terminer. S'il y avait contestation sur le fond du droit, par exemple sur la qualité d'héritier, il faudrait reprendre la procédure ordinaire (2).

Le législateur n'a pas toujours employé une terminologie parfaitement

(1) Voy. cependant Chambéry, 3 juillet 1878, D. P. 79, 2, 218.

(2) Nancy, 17 décembre 1872, S. 74, 2, 207; ma note sous trib. de Lyon, 4 juin 1887, D. P. 89, 3, 7; req., 27 mai 1889, D. P. 90, 1, 376.

précise. Il dit tantôt qu'une affaire doit être jugée sommairement, tantôt qu'elle doit être instruite et jugée sommairement, tantôt qu'elle sera jugée sans instruction ni procédure. A propos des incidents, le législateur emploie aussi le mot sommairement dans deux sens très différents : parfois il entend par là interdire la procédure ordinaire, d'autres fois il admet cette procédure à la condition que l'affaire soit rapidement enlevée, et sommairement devient alors synonyme de rapidement. Aussi les auteurs ont-ils éprouvé le plus grand embarras pour savoir comment il faut interpréter la loi dans ces différents cas.

A notre avis, toutes les fois que la loi dit qu'une affaire sera jugée sommairement ou bien sans requête ou bien sans procédure ou bien sur un simple acte de conclusions, ces différents termes signifient qu'il faut employer la procédure sommaire (voy. par exemple les art. 795, 840, 847, 884 C. pr., 823 C. civ.). A propos des incidents, il faut aussi admettre la procédure sommaire, si la loi dit sans instruction (art. 320 C. pr.) ou sans procédure (art. 666 et 763 C. pr.) ou comme en matière sommaire (art. 669 C. pr.) ou encore comme sommaire (art. 763 C. pr.) ou encore sans aucune requête et sur un simple acte (art. 973 C. pr.).

Mais si, à l'occasion d'un incident, la loi a simplement employé la formule qu'il sera jugé sommairement, ce dernier mot est susceptible de deux sens : il peut signifier qu'on devra employer la procédure sommaire, auquel cas il est pris dans son sens technique ; parfois aussi la loi le prend avec son sens vulgaire et il signifie alors que l'incident devra être jugé rapidement, mais d'ailleurs avec la procédure ordinaire. Pour savoir quel est le sens adopté par la loi, le plus sûr est de consulter le tarif (spécialement l'article 75) et de rechercher si, à l'occasion de tel ou tel incident, la loi admet des écritures et les fait entrer en taxe. Dans ce cas, il est bien évident que sommairement signifie rapidement et que le législateur a cependant entendu qu'on observât la procédure ordinaire qui, seule, comporte les requêtes grossoyées. Ainsi la loi a bien dit qu'on devrait juger sommairement : les exceptions déclinatoires (art. 172 C. pr.); les exceptions dilatoires pour faire inventaire et délibérer et de garantie (art. 174 et 180 C. pr.) ; l'exception de communication de pièces (art. 192 C. pr.); les reproches des témoins (art. 287 C. pr.); les récusations (art. 311 C. pr.) ; les reprises d'instance (art. 348 C. pr.), etc. Mais l'article 75 du tarif civil admet des écritures pour les cas des articles 172, 174, 180, 192, 348. Dans tous ces cas, on emploiera donc la procédure ordinaire en expédiant l'incident aussi vite que possible. Dans ceux, au contraire, où le tarif ne parle pas de requêtes grossoyées, c'est bien la procédure sommaire qu'il faut suivre (1).

Les affaires sommaires sont soumises à un certain nombre de particularités plus ou moins importantes (art. 405 et 406 C. pr.).

Les particularités les plus remarquables sont celles qui concernent les écritures ou conclusions grossoyées et la rémunération des avoués. La loi exclut les écritures en défense et en réponse (art. 405 C. pr.). Une fois

(1) Voy. l'énumération des affaires reconnues sommaires, tant dans nos codes que d'après les lois spéciales, dans le *Dictionnaire* de Rousseau et Laisney, v[is] *Matières sommaires*, p. 75.

l'avoué du défendeur constitué, l'audience est immédiatement suivie et l'affaire plaidée : on évite ainsi des frais et on gagne du temps, puisque, dans les affaires ordinaires, la loi donne quinze jours à l'avoué pour ses défenses et huit jours à l'avoué du demandeur pour sa réponse. Si l'un où l'autre des avoués se permettait des écritures, elles n'entreraient pas en taxe et resteraient à sa charge (1).

Les avoués ne sont pas rémunérés à raison de chaque acte de procédure et ne peuvent prétendre qu'à un seul émolument connu sous le nom de droit d'obtention de jugement. Ce droit fixé par l'article 69 du tarif civil est perçu pour chaque jugement définitif ou interlocutoire ; il est proportionnel au montant de la demande et plus élevé en matière contradictoire qu'en cas de défaut ; le droit de jugement interlocutoire est de la moitié du droit de jugement définitif. L'avoué qui a obtenu la condamnation doit remettre le jour même l'état des dépens adjugés, pour que la liquidation en soit insérée dans le jugement ou arrêt (2).

Le principe suivant lequel les avoués ne peuvent prétendre qu'à un droit d'obtention de jugement en matière sommaire, comporte un certain nombre d'exceptions qui, pour la plupart, sont toutefois contestées. On admet aussi qu'en matière sommaire les incidents sont, à moins de disposition contraire de la loi, instruits, comme en toute autre matière, avec la procédure ordinaire, de sorte qu'il y a lieu d'autoriser des écritures et de dresser un état de frais en ce qui les concerne. Seulement, pour certains incidents, les émoluments sont réduits, notamment en matière d'expertise et d'interrogatoire sur faits et articles (art. 67 du tarif). De même, le décret du 30 mars 1808 exige dans ses articles 33, 70 et 71 qu'en toute cause, sans distinction entre les matières ordinaires et les affaires sommaires, les avoués signifient des conclusions motivées ; mais ce décret se trouve en contradiction avec le tarif civil qui ne permet aux avoués de réclamer aucun émolument autre que le droit d'obtention de jugement et exclut les conclusions motivées par cela même que les articles 69 et 149 ne les mentionnent pas. On décide néanmoins aujourd'hui que les avoués ont droit à un émolument spécial pour ces conclusions motivées qu'ils signifient en matière sommaire comme en matière ordinaire (3). De même encore, on permet aux avoués de percevoir le droit de copie pour signification des qualités et du jugement (art. 88 et 89 du tarif civil). C'est la conséquence de ce qu'en matière sommaire le jugement doit contenir les qualités comme en matière ordinaire. Mais on sait que, si le jugement est par défaut, les qualités ne sont pas signifiées (arg. art. 142 C. pr. et art. 88 du tarif civil) (4). Les avoués peuvent aussi prétendre à la somme fixe que l'article 145 du tarif leur alloue pour frais de correspondance et port de pièces lorsque les parties sont domiciliées hors de l'arrondissement du

(1) Req., 13 mars 1878, S. 79, 1, 320.

(2) Dans le cas contraire il devrait supporter personnellement le coût de la levée des exécutions rendues nécessaires. Civ. cass., 5 avril 1870, S. 72, 1, 173.

(3) Cass., 1er mai 1854, S. 54, 1, 183 ; Cass., 16 décembre 1857, S. 58, 1, 191 ; Bordeaux, 22 janvier 1857, S. 57, 2, 355 ; Orléans, 15 décembre 1858, S. 59, 2, 513 ; Paris, 1er juillet 1859, S. 59, 2, 558 ; Cass., 5 avril 1870, S. 72, 1, 173.

(4) Civ. rej., 5 avril 1870, S. 72, 1, 173.

tribunal. Ils ont également le droit d'invoquer l'article 147 qui double la somme pour les avoués d'appel. Ces sommes leur sont dues en matière sommaire comme en matière ordinaire, parce qu'il s'agit bien plutôt pour eux de recevoir un remboursement que de toucher un émolument. Or ce que la loi a seulement voulu, c'est modifier les émoluments des avoués (1). Cependant la Cour de cassation, abandonnant cette jurisprudence, a décidé, peut-être avec plus de raison, que le droit fixe pour port de pièces et correspondance n'est pas dû en matière sommaire où l'avoué ne peut prétendre qu'au remboursement des frais de correspondance dont il justifie (2). Au contraire, il semble que la Cour de cassation va trop loin lorsqu'elle rejette, en matière sommaire, les frais de voyage que l'article 146 du tarif civil alloue à la partie (3). Il ne s'agit plus ici, en effet, d'émoluments de l'avoué, mais d'une dépense faite par le gagnant qui a été obligé de faire un voyage, à l'occasion de procès, au lieu où siège le tribunal. Il est tout naturel qu'il ait droit à une indemnité.

Les autres particularités de la procédure sommaire tiennent à la rapidité ou à l'économie qu'exigent ces affaires. C'est ainsi qu'elles peuvent être instruites et jugées pendant les vacances et par la chambre des vacations, même si elles ne requièrent pas célérité (décret du 30 mars 1808. art. 44). Elles doivent aussi être dispensées du tour de rôle ; on les juge dès qu'elles sont prêtes, soit à l'audience même pour laquelle cette audience a été donnée, soit à celle où les parties se présentent pour conclure (décret du 30 mars 1808, art. 66). On a aussi prétendu que l'article 405 du Code de procédure, en décidant que l'affaire serait jugée sur un simple acte, sans autre formalité, a entendu interdire l'avenir qui a lieu en matière ordinaire; des conclusions signifiées en tiendraient lieu. Cette solution, a-t-on dit, s'impose pour les affaires sommaires qui requièrent célérité, parce qu'elle est formellement consacrée par l'article 66 du décret du 30 mars 1808, lequel déclare que ces affaires sommaires requérant célérité seront appelées à l'audience sur simples mémoires, c'est-à-dire sur simples conclusions. Mais n'est-il pas permis d'en conclure, par argument *a contrario* que, dans tous les autres cas, l'avenir est autorisé (4)? Certains auteurs proposent, cependant, une distinction, suivant que l'assignation a été donnée à jour fixe (par exemple le 1er juillet) ou seulement dans le délai de la loi, huit jours francs. Dans le premier cas, en effet, l'avenir n'apprend rien aux parties, tandis que, dans le second cas, il est indispensable de leur faire connaître le jour auquel elles doivent se présenter pour conclure.

En matière d'intervention, la loi décide (art. 406) que l'intervenant viendra prendre part au procès sous la forme d'un simple acte d'avoué à avoué, tandis qu'en matière ordinaire l'intervention prend la forme d'une requête grossoyée.

(1) Civ. rej.. 5 avril 1870, S. 72, 1, 173. Voy. aussi Nancy, 1er juillet 1856, S. 56, 2, 609; Bordeaux, 2 janvier 1857. S. 57, 2, 355.

(2) Civ. cass., 13 janvier 1874, S. 74, 1, 249. La Cour de cassation avait déjà jugé dans le même sens le 4 mai 1857, S. 57, 1, 654.

(3) Civ. cass., 2 août 1882, D. P. 83, 1, 477; civ. cass., 14 décembre 1887, D. P. 89, 1. 150.

(4) En fait, il est unanimement reconnu que l'avenir est nécessaire dans quelque cas que l'on se trouve.

Une dernière particularité des affaires sommaires est celle qui concerne l'enquête : nous l'examinerons plus loin en étudiant la procédure d'enquête.

Sous tous les autres rapports, la procédure sommaire des affaires civiles est soumise au droit commun des affaires ordinaires. Ainsi, les affaires sommaires sont, comme les affaires ordinaires, soumises à la tentative de conciliation ; elles peuvent en être dispensées mais à un autre titre et, par exemple, parce qu'elles requièrent célérité. De même, elles sont introduites par ajournement avec constitution d'avoué de la part du demandeur, et le défendeur comparaît en constituant de son côté avoué. Le délai d'ajournement donné au défendeur pour constituer avoué est aussi de huitaine, à moins que le demandeur n'ait été autorisé à assigner à bref délai. Mais ici apparaissent quelques différences.

Rappelons qu'il ne peut pas être signifié de conclusions grossoyées, par aucune des parties, et que si l'avenir est admis en pratique par acte distinct des conclusions, la question n'en est pas moins controversée. Ce qui est certain, c'est que les avoués doivent se signifier de simples conclusions motivées, comme cela résulte des articles 33, 70, 71 du décret du 30 mars 1808, dont les termes sont généraux, embrassent toutes les causes et ont, sous ce rapport, dérogé au tarif civil (1). D'après la Cour de cassation, il n'est pas nécessaire de signifier, comme en matière ordinaire, ces conclusions trois jours à l'avance (2). Les affaires sommaires sont soumises, comme les autres, à la communication au ministère public dans les cas où la loi prescrit cette formalité. Nous avons vu que, toutefois, ces affaires sont, en théorie, dispensées du tour de rôle ; à l'audience, elles sont plaidées par les avocats, suivant le droit commun, les avoués ne pouvant plaider que certains incidents (ord. du 27 février 1822, art. 5).

On applique aux affaires sommaires le droit commun pour les incidents, à moins de dispositions contraires dans la loi, ainsi que pour les jugements par défaut et opposition, notamment pour le défaut profit joint ; seulement, la requête d'opposition à un jugement par défaut ne doit pas être grossoyée et ne contient que de simples conclusions motivées. Sous l'ordonnance de 1667 (tit. XVII, art. 12 et 13), l'exécution provisoire pouvait toujours être ordonnée par le juge quand il statuait en matière sommaire, pourvu que la condamnation n'excédât pas une certaine somme ; aujourd'hui, l'exécution provisoire n'est permise que dans les cas déterminés par l'article 135, sans distinction entre les affaires sommaires et les affaires ordinaires.

Les formes de l'administration de la justice étant d'ordre public en tant qu'elles déterminent quelles procédures doivent être employées pour l'introduction des affaires, il en résulte que le juge ne peut pas, même du consentement des parties, substituer la procédure ordinaire à la procédure sommaire, ou réciproquement. Mais la sanction de la loi fondamentale qui défend d'intervertir l'emploi des formes de la procédure, varie suivant que

(1) Nîmes, 3 janvier 1855, S. 55, 2, 71 ; Bordeaux, 20 mai 1857, S. 57. 2, 707 ; Orléans, 15 décembre 1858, S. 59, 2, 513 ; Nancy, 19 mai 1859, S. 59, 2, 661 ; Cass., 13 novembre 1861, S. 61, 1, 937 ; Caen, 14 avril 1866, S. 66. 2, 321 ; civ. rej., 5 avril 1870, S. 72, 1, 173.

(2) Req., 13 mars 1878, D. P. 78, 1, 311.

cette intervention est le fait du juge ou le fait des parties ou de leurs avoués, et qu'il s'agit de telle particularité de la procédure. Lorsque les parties conviennent entre elles de prendre la procédure sommaire au lieu de la procédure ordinaire, il est visible que cette convention n'est pas obligatoire pour leurs avoués, par la raison qu'ils n'y ont pas pris part et indépendamment de toute considération d'ordre public. Les avoués ont-ils été parties à ce contrat, ils sont tenus de l'observer en tant qu'il supprime les conclusions grossoyées, mais non en tant qu'il supprime la taxe ordinaire. Sous le premier rapport, en effet, le contrat est parfaitement valable et ne déroge pas à l'ordre public. Nous avons vu que les parties sont toujours libres, dans les matières ordinaires, de supprimer les requêtes en défense et en réponse des articles 77 et 78 et de s'en tenir à la signification de simples conclusions. Mais le contrat est nul, comme contraire à l'ordre public, en tant qu'il substitue le droit d'obtention de jugement à la taxe ordinaire. Sous ce second rapport, il ne lie donc pas les avoués qui peuvent et même doivent rédiger un état de frais, parce qu'on est en matière ordinaire.

Le cas inverse est celui d'une matière sommaire pour laquelle les parties conviennent d'employer la procédure ordinaire. On a proposé d'admettre la validité de cette convention sous prétexte que la loi est toujours favorable au retour au droit commun. Mais c'est là un motif tout à fait vague, et il vaut mieux préciser en rappelant que le législateur s'est principalement proposé d'éviter les lenteurs et les grands frais dans les causes faciles ou d'un intérêt pécuniaire peu élevé. C'est bien là une raison d'ordre public. Nous en conclurons donc qu'une pareille convention, qu'elle soit intervenue entre les parties ou entre les parties et leurs avoués, est entachée de nullité absolue (1). Il en résulte que si, par application de ce contrat, les avoués rédigeaient et signifiaient des conclusions grossoyées, ces actes seraient frustratoires et resteraient à leur charge. De même, malgré cet accord, ils devront faire taxer les frais comme en matière sommaire.

La situation se modifie si la substitution d'une procédure à l'autre est le fait du juge et non plus le fait de la partie. Tel serait le cas où le juge, avant l'expiration du délai de quinzaine donné en matière ordinaire au défendeur pour rédiger sa défense, prononcerait contre lui défaut faute de conclure ou contre le demandeur avant l'expiration de la huitaine qui lui est accordée pour rédiger et signifier sa réponse : en pareil cas le juge appliquerait à une affaire ordinaire les règles de la procédure sommaire, et son jugement serait entaché de nullité. Il y aurait encore nullité si, dans une affaire ordinaire, il ordonnait une enquête à l'audience ou réciproquement si, dans une matière sommaire, il ordonnait une enquête devant un juge commissaire. Comme, dans les deux cas, l'enquête serait entachée de nullité par le fait du juge, elle devrait être recommencée à ses frais. Quant à la nullité du jugement, on la ferait valoir au moyen des voies de recours ordinaires ou extraordinaires ouvertes par la loi. D'ailleurs cette nullité étant d'ordre public ne pourrait pas se couvrir ou plus exactement ne se couvrirait que par l'expiration des délais des voies de recours dans les cas où les parties

(1) Cass., 12 avril 1831, S. 31, 1, 319; Cass., 2 août 1831, S. 32, 1, 234.

n'en auraient pas fait usage. La Cour de cassation a, il est vrai, décidé que le moyen tiré de l'emploi de la procédure ordinaire, au lieu de la procédure sommaire dans une action en partage (art. 823 C. civ.), ne peut pas être invoqué pour la première fois en cassation (1). Mais cette solution est en contradiction avec le principe qui défend de substituer une procédure à une autre.

Il serait à désirer que la procédure sommaire fût généralisée et devînt la règle. C'est ce qui fut déjà demandé lors de la loi de 1838. Certains députés se prononcèrent énergiquement contre cette tendance et demandèrent qu'on s'en tînt de préférence à la procédure ordinaire. Qu'importe, disaient-ils, la modicité du litige, c'est l'importance de la question qu'il faut voir; il s'agit de juger bien, plutôt que de juger vite et pour cela il est indispensable que le juge soit éclairé. Cette opinion, exacte dans son principe, conduirait, si on l'appliquait avec exagération, à imposer la procédure ordinaire, même pour les plus petites affaires de la compétence des juges de paix. Mais alors on arrive à soumettre les petites causes à des frais supérieurs à la valeur pécuniaire du droit contesté, c'est-à-dire en fait à refuser toute justice aux plaideurs. Il vaut donc mieux s'en tenir au vieil adage de nos anciens jurisconsultes : « A peu de chose, peu de plaid. »

C'est ce qu'on a compris dans la loi du 11 avril 1838, mais d'une manière insuffisante, en élevant le taux de la compétence des tribunaux d'arrondissement en premier et dernier ressort et en décidant que toutes ces affaires seraient jugées sommairement. En 1857, le baron de Crouseilles soumit au Sénat un projet de loi qui augmentait considérablement le nombre des affaires sommaires. Les corporations d'avoués s'émurent, intervinrent et empêchèrent le projet d'aboutir. Dans le projet de réforme du Code de procédure, on propose la suppression en principe de la procédure ordinaire : toutes affaires seraient sommaires, les conclusions grossoyées disparaîtraient, mais pour éviter tout préjudice aux avoués, ceux-ci obtiennent des émoluments déterminés d'après la valeur de chaque affaire. On a vu, qu'en effet, de l'aveu même des avoués, ces conclusions grossoyées ont perdu toute utilité. Les avoués en confient la rédaction à des clercs de leurs études sans expérience qui s'en tiennent à de simples compilations. De leur côté, les juges ne lisent jamais ces écritures devenues complètement inutiles.

## § 59. — **Référé** (art. 806 à 812 C. pr.).

Dans toutes les législations, il existe des procédures spéciales destinées à accorder justice aux particuliers, même dans les cas les plus urgents. Parfois, on va jusqu'à autoriser l'intéressé à faire la procédure en dehors de la justice et à se conduire comme s'il avait obtenu jugement, parce que le temps lui manque pour engager devant les tribunaux la procédure même la plus simple et la plus rapide. Seulement, la justice interviendra après coup, pour ratifier ou infirmer ce qui aura été fait, et si elle infirme, celui qui aura eu le tort d'employer une de ces procédures sera traité avec une sévérité particu-

(1) Req., 2 décembre 1872, S. 74, 1, 62.

lière. L'exécution sera d'autant plus facile contre lui que, le plus souvent, il aura fourni des garanties au moment même où il employait ces voies exceptionnelles à son profit. Comme procédures de cette nature, nous citerons à titre d'exemple l'*operis novi nunciatio* chez les Romains et dans notre ancien droit la *clameur de haro* qu'on a longtemps crue propre à la Normandie et aux iles anglo-normandes, alors qu'en réalité elle se retrouve dans presque toutes les coutumes ou usages de la première partie du moyen âge et même parfois de l'époque franque. Ce qui est propre à la Normandie et à ses iles, c'est la conservation de cette procédure à une époque où elle avait ailleurs disparu (1).

Aujourd'hui, nous n'admettons plus qu'une personne puisse se rendre par elle-même justice, même d'une manière provisoire, à charge de donner caution et d'en référer ensuite aux tribunaux, quelque urgente que soit l'affaire. Mais le Code de procédure a emprunté aux anciens usages du lieutenant civil du prévôt de Paris, confirmés en dernier lieu par un édit de janvier 1685, une pratique aujourd'hui connue sous le nom de procédure des référés. Cette procédure s'est élargie et développée tout particulièrement sous le président de Belleyme, à ce point qu'elle est devenue une véritable institution. A Paris, elle est d'un usage journalier et plusieurs magistrats sont même affectés à ce service. Dans certains tribunaux de département, elle est beaucoup plus rare.

L'article 806 du Code de procédure permet l'emploi du référé, d'abord dans toute circonstance quelconque où il y a urgence, ensuite toutes les fois qu'il s'agit d'une difficulté relative à l'exécution d'un titre exécutoire, jugement ou acte notarié (2), et dans ce second cas, il n'est plus nécessaire qu'il y ait urgence. On a, il est vrai, soutenu le contraire et prétendu que, même pour le cas de difficulté d'exécution, la compétence du juge de référé implique l'urgence. Cette solution revient à dire que le second cas de l'article 806 se confond avec le premier, alors cependant que la loi les distingue très nettement (3).

On verra que l'article 554, pour les difficultés élevées sur l'exécution des jugements ou actes, donne compétence au tribunal du lieu, si l'affaire requiert célérité. Mais ce tribunal ne peut statuer que provisoirement et doit renvoyer la connaissance du fond au tribunal de l'exécution. Il ne faudrait pas croire que cette compétence se confonde avec celle du juge des référés Nous verrons que la loi interdit au juge des référés de prendre des mesures ou de rendre des décisions qui feraient préjudice au principal (art. 809), tandis que l'article 554 n'établit aucune restriction de cette nature pour le tribunal (4).

On discute encore très vivement sur le point de savoir si le président du tribunal statuant en référé, ou le juge qui remplit les mêmes fonctions, est compétent à raison de l'urgence, même pour les affaires que la loi attribue

(1) Voy. mon *Étude historique sur la clameur de haro*, Paris, 1882, 1 broch. in-8.

(2) Voy. les cas de référés prévus aux art. 606, 607, 661, 681, 734, 786, 829, 843, 845, 852, 921, 922, 944, 948 C. pr.

(3) Bordeaux, 31 janvier 1899, D. P. 99, 2, 112.

(4) Paris, 13 novembre 1894, D. P. 95, 2, 152.

aux tribunaux de commerce ou aux juges de paix. Pour bien comprendre cette question, il faut se rappeler les deux cas prévus par l'article 806, celui d'une question urgente quelconque et celui d'exécution d'un jugement ou acte notarié. Il ne paraît pas possible de contester la compétence du juge des référés, lorsqu'il s'agit d'une difficulté relative à l'exécution d'un jugement commercial : dans ce cas, la difficulté naît du jugement et a, par cela même qu'elle se réfère à l'exécution, un caractère civil. Mais si c'est un acte de commerce qui la produit, ne peut-on pas dire que le juge des référés devient incompétent malgré l'urgence, parce qu'il est un juge civil et qu'en principe les juges de cette nature ne connaissent pas des affaires commerciales? C'est en effet ce que décide la jurisprudence (1); elle ajoute que la procédure des référés est tout à fait inutile en matière commerciale, par cela même que la procédure commerciale est toujours très rapide. Ces deux raisons sont fort contestables; il est certain que le tribunal civil et son président, en tant qu'il le représente, sont incompétents en matière commerciale, mais on n'a pas oublié que leur incompétence est purement relative. Seulement existe-t-elle, même ainsi comprise, pour le juge des référés? Il est permis d'en douter (2). En tant qu'il statue en référé, le président du tribunal n'est pas plus un juge civil qu'un juge commercial : la cause de sa compétence ne réside plus dans la nature civile de l'affaire, mais dans le caractère d'urgence du procès. Du moment que ce caractère existe, le juge des référés est compétent, sans qu'il y ait lieu de rechercher si l'affaire est civile ou commerciale, et ce qui le prouve, ce sont les termes absolus de l'article 806 du Code de procédure. On se trompe également lorsqu'on relève que la procédure commerciale ordinaire, à raison même de sa simplicité et de sa rapidité, suffit dans les cas les plus urgents. On verra bientôt, au contraire, que la loi attache à la procédure et aux décisions de référés certains avantages particuliers et dont sont privées les affaires commerciales. Par exemple, les ordonnances de référé par défaut ne sont pas susceptibles d'opposition, tandis que les jugements par défaut des tribunaux de commerce peuvent être attaqués par cette voie de recours. De même, les ordonnances de référé sont de plein droit exécutoires par provision et sans caution, alors que cette question soulève des controverses pour les jugements des tribunaux de commerce. Le juge des référés peut même décider que son ordonnance sera exécutoire sur minute (art. 811 C. pr.), tandis qu'il est encore fort douteux que ce droit appartienne aux tribunaux de commerce.

La même controverse reparaît au sujet des affaires de la compétence des

(1) Voy. *Jur. gén.*, v° *Compétence civile des tribunaux d'arrondissement*, n° 282; Paris, 4 janvier 1849, D. P. 49, 5, 194; Paris, 30 août 1849, D. P. 50, 5, 401; Amiens, 26 mai 1875, D. P. 76, 2, 68; civ. cass., 1er décembre 1880, D. P. 81, 1, 5; Paris, 2 janvier 1883, D. P. 83, 2, 141; Paris, 9 mars 1883, D. P. 84, 2, 66; Paris, 5 mai 1888, D. P. 88, 5, 415; Paris, 9 juillet 1892, D. P. 93, 2, 220; Grenoble, 23 février 1894, D. P. 95, 2, 66; Paris, 7 juin 1894, D. P. 98, 2, 17; civ. cass., 25 juillet 1895, D. P. 96, 1, 180. Voy. en dernier lieu l'ordonnance du président du tribunal de la Seine, du 25 mai 1901, dans l'affaire du *Figaro*.

(2) Voy. dans le sens de l'incompétence absolue du juge des référés : Paris, 9 mai 1893, D. P. 93, 2, 337; *contra* Paris, 19 janvier 1880, 1er avril 1881 et 26 janvier 1893, D. P. 93, 2, 337; Paris, 19 juin 1895, D. P. 95, 2, 512.

juges de paix. La jurisprudence ne veut pas qu'on les soumette, même en cas d'urgence, au juge des référés et par les deux raisons déjà données : les tribunaux d'arrondissement sont incompétents pour juger les affaires que la loi attribue aux juges de paix; la procédure des justices de paix est si simple et si rapide qu'elle suffit en cas d'urgence (1). Nous repoussons ces deux arguments par les considérations déjà présentées à propos des affaires commerciales ; relevons seulement les principales différences qui existent entre les ordonnances de référé et les jugements des juges de paix. Ces jugements, à la différence des ordonnances de référé, sont susceptibles d'opposition, s'ils sont rendus par défaut ; les jugements des juges de paix ne sont pas, comme les ordonnances de référé, de plein droit exécutoires par provision (loi du 25 mai 1838, art. 11). Les ordonnances de référé sont susceptibles d'appel immédiat, et pendant quinze jours seulement, tandis que les jugements des juges de paix ne peuvent pas être frappés d'appel pendant les trois jours qui suivent leur prononciation et que le délai de l'appel est de trente jours (art. 809 C. pr. et loi du 25 mai 1838, art. 12).

Le juge des référés est, en principe, incompétent pour toutes les difficultés, même urgentes, qui naissent d'actes administratifs ; il risquerait de commettre un véritable excès de pouvoir (2). Par exception, lorsque la loi donne compétence en matière administrative à l'autorité judiciaire pour une certaine matière, par exemple en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, alors le président du tribunal est compétent comme juge des référés pour les affaires urgentes naissant de ces matières, comme le tribunal civil est compétent pour le fond (3). Il paraît aussi hors de doute que le juge des référés est compétent pour tout acte qui exige l'autorisation de l'administration, si l'autorisation n'a pas été donnée ; tels seraient les travaux qu'entreprendrait une commune en l'absence de tout arrêté préfectoral. Cet acte devient, en effet, alors une simple voie de fait (4).

Il n'est pas possible de délimiter autrement les deux cas de compétence du juge des référés. Le premier, celui d'urgence, est manifestement le plus large et peut varier à l'infini dans ses applications. La question de savoir si une affaire est urgente est, en général, de pur fait (5).

Le second cas, celui de difficultés naissant d'un acte exécutoire, qu'il y ait ou non urgence, quoique moins large, est cependant encore fort étendu. La loi n'ayant établi aucune distinction, nous donnerons compétence au juge des référés, sans rechercher s'il s'agit d'une difficulté de fond ou de forme (6),

(1) Civ. cass., 28 janvier 1873, D. P. 76, 1, 212; Paris, 14 novembre 1884, D. P. 86. 2, 80; req., 23 octobre 1888, D. P. 89, 4, 190; civ. cass., 31 juillet 1889, D. P. 91, 1, 323; Paris, 26 juillet 1892, D. P. 92, 2, 544.

(2) Bordeaux, 26 juin 1899, D. P. 99, 2, 437; civ. cass., 13 février 1900, D. P. 1900, 1, 506.

(3) Req., 23 juin 1852, D. P. 54, 1, 363; Dijon, 10 août 1858, D. P. 59, 2, 43; Montpellier, 20 juin 1887, D. P. 88, 2, 303; tribunal des conflits, 23 janvier 1888, D. P. 89, 3, 38; Limoges, 13 août 1888, D. P. 89, 2, 57.

(4) Tribunal des conflits, 2 avril 1881, D. P. 82, 3, 74.

(5) Req., 10 mai 1898, D. P. 98, 1, 388; Rouen, 16 février 1898, D. P. 98, 2, 408; trib. de Bourgoin, 25 janvier 1897, D. P. 1900, 2, 301.

(6) Paris, 14 mai 1887, D. P. 88, 2, 187.

si elle est soulevée par une des parties ou par un tiers, ni si l'exécution consiste dans une saisie ou dans une autre mesure ; le juge des référés sera compétent, même s'il s'agit de jugements étrangers ou de sentences arbitrales, à la condition qu'ils aient été revêtus de la formule exécutoire.

La juridiction des référés rend de tels services que les magistrats chargés de l'exercer, soutenus par les plaideurs, en ont porté très loin l'application et dans certains cas on a émis des doutes sur leur compétence. Ainsi tous les jours à Paris, et sans qu'on ait jamais soulevé aucune difficulté sur ce point, le juge des référés ordonne, à raison de l'urgence, une expertise pour constater un certain état de fait de nature à disparaître presque instantanément. Que cette mesure rende les plus grands services, il n'est pas permis d'en douter, mais est-elle légale et surtout conforme avec d'autres décisions de jurisprudence? Cette question se ramène à rechercher si, en dehors de tous procès actuels, les tribunaux peuvent ordonner des mesures d'instruction *in futurum*, c'est-à-dire en vue d'un procès qui pourra naître plus tard. La loi le permet elle-même en matière de vérification d'écritures, mais elle garde le silence pour les autres cas, et la jurisprudence en conclut, comme nous le verrons plus loin, qu'un tribunal d'arrondissement ne peut pas ordonner une procédure de faux, une enquête, une expertise, ou toute autre mesure d'instruction à futur, en vue d'un procès à naître. Comment concilier cette solution avec la pratique du juge des référés qui ordonne tous les jours des expertises à futur? Si le tribunal n'a pas ce droit, comment le reconnaître au juge des référés? En outre, s'il peut ordonner une expertise à futur, pourquoi n'aurait-il pas aussi le droit de prescrire une enquête de même nature ? Il faut bien avouer que, sur ces différents points, la jurisprudence présente des incohérences. Pour nous qui reconnaissons aux tribunaux le droit d'ordonner des mesures d'instruction à futur, il est tout naturel que nous admettions ce même droit au profit du juge des référés (1).

A propos des mesures d'exécution, le président des référés a aussi élargi sa compétence, mais par des procédés qui le mettent très souvent en conflit avec la cour d'appel ou même avec la Cour de cassation. Il s'agit de mesures qui, au lieu de régler ou de faciliter l'exécution, ont pour objet de l'empêcher, de l'interrompre ou de la suspendre. Pour prendre les cas les plus fréquents nous rappellerons qu'il arrive au juge des référés, d'ordonner qu'on arrête l'exécution d'un titre exécutoire, de donner mainlevée d'une saisie, d'accorder des termes de grâce. La jurisprudence conteste ces droits au juge des référés (2); elle fait remarquer que la mission de ce juge consiste, dans l'esprit de la loi, à lever les difficultés d'exécution pour rendre cette exécution facile, et permettre au titre exécutoire de produire son effet. Le juge des référés ne se met-il pas en contradiction avec l'esprit de la loi en arrêtant l'exécution ? On peut répondre que le texte de la loi ne fait aucune distinction et n'apporte

(1) Voy. ma note sous Bordeaux, 11 février 1890, D. P. 91, 2, 103.

(2) Voy. en dernier lieu : Paris, 24 avril 1866, D. P. 66, 2, 81 ; Paris, 29 novembre 1871, D. P. 72, 5, 380; Paris, 27 janvier 1872, D. P. 72, 2, 111 ; Paris, 2 janvier 1883, D. P. 83, 2, 141; Paris, 8 janvier 1884, D. P. 84, 2, 146; Paris, 24 février 1887, D. P. 88, 2, 99; trib. des conflits, 13 décembre 1890, D. P. 92, 3, 58; Besançon, 13 juin 1892, D. P. 94, 2, 169 et ma note.

aucune limite au pouvoir du juge des référés. Il semble bien, cependant, que ce magistrat ne puisse pas avoir plus de droits que le tribunal lui-même. Nous lui refuserons donc le pouvoir de prendre des mesures qui seraient interdites à son tribunal. Mais nous n'apporterons pas d'autres limites à ses pouvoirs, et de ces principes vont résulter les applications suivantes qui se présentent journellement dans la pratique.

Fort souvent, sur le procès-verbal d'enlèvement, le saisi demande à venir en référé sous prétexte qu'il a besoin d'un délai, soit pour payer, soit pour liquider sa situation, par exemple pour vendre son fonds de commerce. Si le créancier ne s'y oppose pas, et c'est le cas le plus fréquent, il semble que le référé est inutile. Cependant le saisissant et son huissier préfèrent en général une ordonnance qui fixe le délai et très souvent l'échelonne en plusieurs termes successifs. Cette ordonnance a l'avantage de donner, à défaut de paiement à chacun des termes, la sanction exécutoire de la reprise immédiate des poursuites, sanction qui ne saurait résulter d'une convention verbale ou sous seing privé de sursis. Lorsque le créancier s'oppose au délai, le président peut-il néanmoins l'accorder? C'est ici que le conflit commence souvent entre le président et la cour d'appel. Celle-ci conteste parfois d'une manière absolue, au président, le droit d'accorder un délai de grâce par la raison que, loin de pouvoir entraver l'exécution, il a reçu la mission de la faciliter (1). Cette solution nous paraît trop absolue, mais nous admettons sans difficulté que le président ne peut pas accorder un terme de grâce, lorsqu'on se trouve dans un des cas où la loi refuse ce droit au tribunal. En référé, le président n'est que le représentant du tribunal et il ne saurait dès lors avoir plus de droits que celui-ci. Le président ne pourra donc pas accorder un terme de grâce si le titre exécutoire est un jugement. Mais on lui reconnaîtra ce droit si le titre est un acte notarié, du moins dans la doctrine aujourd'hui dominante, d'après laquelle les tribunaux peuvent suspendre l'exécution de ces actes. En fait, à Paris, dans la pratique, au nom de l'équité et contre la règle du droit, le président accorde souvent des délais de grâce malgré la loi et il s'expose sciemment à l'infirmation de son ordonnance par la Cour. Parfois, il a le soin de limiter le délai à un temps assez court, pour que le créancier ne puisse pas, même en interjetant appel, se soustraire à la nécessité de le respecter et dès lors il n'a pas intérêt à appeler. On a demandé que le président fût autorisé par la loi et d'une manière absolue à accorder des termes de grâce. La question est très délicate. On pourrait craindre que le président ne fût porté à abuser de ce droit, s'il était formellement reconnu par la loi. En outre, il ne faut pas oublier que trop souvent le débiteur demande à plusieurs reprises et obtient à chaque échéance un nouveau terme de grâce, ce qui n'a d'autre résultat que celui d'augmenter les frais de justice sans le tirer d'embarras.

A un autre point de vue, le juge des référés exerce sa juridiction en matière de saisie, tantôt pour lever certains incidents de ces saisies, tantôt pour faire tomber les saisies elles-mêmes. En a-t-il le droit? Par exemple, une revendication de meubles se produit au cours d'une saisie-exécution et

(1) Paris, 24 février 1887, D. P. 88, 2, 99.

pour la paralyser. Le président peut-il rendre une ordonnance prescrivant de poursuivre l'exécution sans tenir compte de la revendication ? On verra dans la suite, à propos des saisies-exécutions, que ce moyen d'en entraver la marche est fréquemment employé, souvent même avec effronterie. Les arrêts sont très divergents sur cette question : les uns infirment toutes les ordonnances qui prononcent la continuation des poursuites malgré la revendication, même si celle-ci est irrégulière en la forme; d'autres les confirment quand il est établi que la revendication présente les caractères d'un concert frauduleux entre le saisi et le revendiquant, ou bien encore quand la revendication est nulle en la forme. Ces dernières solutions nous paraissent exactes : le président tient son droit, dans le premier cas, de ce que la fraude est en dehors de toutes les règles et, dans le second cas, de ce que la revendication étant nulle en la forme ne constitue plus qu'une voie de fait que le président a le droit d'écarter, précisément pour dégager la procédure de saisie-exécution.

Le président ordonne parfois la continuation des poursuites avec mise sous séquestre des objets revendiqués. Cette mesure a souvent l'inconvénient d'occasionner des frais hors de proportion avec la valeur des objets (1).

D'autres fois, le président subordonne la discontinuation des poursuites à une caution que doit fournir le revendiquant ou la continuation des poursuites à une caution que doit fournir le saississant. On a dit, il est vrai, que dans ce cas encore le juge des référés dépasse ses pouvoirs. C'est là une erreur manifeste, car l'article 809 du Code de procédure donne formellement le droit au juge des référés d'imposer des cautions.

En matière de saisie-gagerie, on voit souvent l'huissier saisissant assigner immédiatement en référé, à cause de l'insuffisance du gage, pour faire ordonner l'expulsion immédiate du locataire et la vente du mobilier sans attendre le jugement de validité. Ce procédé est de la plus grande utilité, car il économise du temps et des frais. Mais le président a-t-il vraiment le droit d'ordonner l'expulsion du locataire et la vente du mobilier? Cela est fort contestable, même si le bail est notarié, et à bien des points de vue : le président en effet se substitue au tribunal et rend à ce sujet des décisions qui ont un caractère définitif et principal, ce qui est interdit par l'article 809 du Code de procédure. En vain remarque-t-on que le juge des référés est compétent pour tout ce qui concerne l'exécution des actes notariés, et qu'il peut ordonner l'expulsion en tant qu'elle est autorisée par le bail authentique. En pratique, le président évite assez facilement à son ordonnance les dangers d'une infirmation, lorsque le débiteur est présent et se borne à réclamer un délai. L'ordonnance constate que le débiteur ne conteste ni la dette, ni l'insuffisance du gage et qu'il consent même à son expulsion et à la vente de ses meubles sans formalité faute de paiement à l'expiration du terme de grâce. Mais la validité de l'ordonnance est plus douteuse, si le locataire fait défaut, s'il abandonne les lieux, s'il conteste l'insuffisance du gage. Il faut en dire autant pour le cas où l'expulsion est ordonnée, non plus en vertu d'un bail notarié

(1) Paris, 24 juin 1890, 10 août 1891, 23 décembre 1891, D. P. 92, 2, 435; Paris, 12 janvier 1891, D. P. 91, 2, 161 et la note.

comme on l'a supposé jusqu'à présent, mais en vertu d'un acte sous seing privé, valable en la forme et reconnu par le débiteur, car si la loi donne au juge des référés le pouvoir de faciliter l'exécution des actes notariés en cas d'urgence, aucun texte ne lui reconnaît ce droit lorsqu'il s'agit d'actes sous seing privé.

Nous verrons encore le président s'attribuer, même en dehors des référés, d'autres droits en matière de saisies. Un certain nombre de ces saisies ne peuvent avoir lieu qu'avec la permission du président du tribunal : la saisie-arrêt, si le créancier n'est pas pourvu d'un titre écrit (art. 558 C. pr.); la saisie-gagerie, si le bailleur veut la pratiquer sans sommation préalable (art. 819 C. pr.); la saisie foraine (art. 822 C. pr.) (1); la saisie-revendication (art. 826 C. pr.). L'autorisation de pratiquer une de ces mesures est accordée directement (ou refusée) à celui qui la demande au moyen d'une ordonnance sur requête, sans que l'adversaire éventuel soit mis en cause. Nous ne sommes donc plus en matière de référé. Aussi admet-on très généralement que cette ordonnance est un acte de juridiction gracieuse qui, à raison de ce caractère, n'a pas autorité de chose jugée et n'est pas susceptible de voie de recours. C'est un ordre judiciaire plutôt qu'un jugement proprement dit. Mais parfois ces ordonnances pourraient être demandées et obtenues dans des circonstances où elles ne sont pas permises, par une partie qui surprendrait d'autant plus facilement la religion du juge que l'adversaire éventuel n'est pas présent. Aussi, conformément à une pratique qui remonte au président de Belleyme, à Paris le juge, au lieu d'autoriser purement et simplement une de ces mesures, ne la permet que sous condition, sous la condition de lui en référer au moyen d'une assignation pour le cas où l'ordonnance se heurterait à un obstacle quelconque dans son exécution. On a autrefois contesté ce droit au président du tribunal et prétendu qu'il commettait encore en pareil cas un empiétement. On soutenait que le président ne pouvait qu'accorder ou refuser la mesure demandée. Cette opinion est depuis longtemps abandonnée. La loi elle-même permet, dans plusieurs circonstances, au juge de revenir, par une seconde ordonnance, sur une première : en matière d'apposition des scellés (art. 922 C. pr.) ; en matière de vente mobilière (art. 946 C. pr.) ; en cas de délivrance d'une seconde grosse (art. 844 et 845 C. pr.). Si la loi permet, dans ces circonstances, au juge de rendre une ordonnance sur requête à charge de lui en référer, pour quel motif le lui interdirait-on dans les autres cas ? Aussi, dans la pratique, autorise-t-on encore la clause de référé en matière de saisie-arrêt (art. 558 C. pr.), de saisie-gagerie (art. 819 C. pr.), de saisie foraine (art. 822 C. pr.), de saisie-revendication (art. 826 C. pr.), de saisie conservatoire commerciale (art. 417 C. pr.), de saisie pour cause de contrefaçon (loi du 5 juillet 1844; art. 44 C. pr.), de nomination d'administrateur. On reconnaît sans difficulté aujourd'hui que si le président peut accorder purement et simplement une autorisation sur requête, il a, à plus forte raison, le droit de la subordonner à une condition. Ces ordonnances sur requête, on le remarquera, ne rentrent pas par elles-mêmes dans la juridiction des référés et elles ne s'y rattachent qu'autant qu'elles sont attaquées par une partie qui assigne alors l'autre en référé.

(1) La saisie foraine peut aussi être permise par le juge de paix.

Tous les jours, à la suite d'une ordonnance de cette nature, on voit les parties revenir devant le juge, cette fois en référé, sur l'assignation de celui qui proteste contre l'ordonnance, le plus souvent du saisi. Cette seconde ordonnance confirme ou infirme la première. Aussi en a-t-on conclu qu'elle est de la même nature, c'est-à-dire de juridiction gracieuse, qu'elle n'a donc pas autorité de chose jugée et ne comporte pas de voie de recours ; mais cette solution doit être écartée sans hésitation. La seconde ordonnance est bien une ordonnance de référé : elle s'introduit par assignation ; les parties sont présentes ou dûment appelées et le juge tranche un différend qui les sépare ; l'ordonnance a donc autorité de chose jugée et est susceptible des voies de recours que la loi autorise contre les ordonnances de référé (1).

Parfois le juge des référés rétracte sa seconde ordonnance à un moment où le saisissant a déjà porté devant le tribunal la demande en validité de la saisie. N'est-ce pas encore là, de sa part, un excès de pouvoir ? La Cour de cassation répond affirmativement (2) ; elle interdit le référé après assignation en validité devant le tribunal. Et en effet, par cela même que cette assignation saisit le tribunal, elle dessaisit le président et, si le juge des référés pouvait encore revenir sur sa première ordonnance, il dépendrait de lui de faire tomber une instance engagée devant le tribunal.

Dans le silence de la loi il faut, par application du droit commun, donner compétence au juge du domicile du défendeur, bien que cette compétence puisse présenter de sérieux inconvénients lorsqu'il s'agit d'une question urgente relative à un immeuble (3).

La procédure des référés est, dans le silence de la loi, soumise au droit commun. Le législateur indique toutefois, dans les articles 806 et suivants, sous quels rapports elle s'en éloigne à raison de l'urgence. On n'appliquera donc les principes ordinaires qu'autant qu'il n'y est pas dérogé par ces articles 806 et suivants.

Le référé s'introduit devant le président, par assignation aux jour et heure fixés chaque année par un règlement du tribunal (art. 807 C. pr. ; décret du 30 mars 1808, art. 57). Bien d'autres solutions sont cependant proposées. Les uns prétendent que le délai d'ajournement est de huitaine, ce qui est inadmissible à cause de l'urgence. D'autres veulent qu'il soit d'un jour franc. Ces deux opinions ont le tort commun de ne tenir aucun compte de l'article 807 (4), duquel il résulte nettement que l'assignation doit être donnée pour le jour de la plus prochaine audience des référés. Supposons, par exemple, que ce jour soit, d'après le règlement du tribunal, le mercredi de chaque semaine ; à partir du jeudi, on assignera chaque jour pour le mercredi suivant, de sorte que le délai sera plus ou moins long suivant que l'assignation sera donnée plus ou moins loin du jour de l'audience. Par exception, en cas

(1) Poitiers, 4 août 1887, D. P. 88, 2, 239 ; Paris, 5 janvier et 18 juillet 1889, D. P. 91, 2, 49.

(2) Civ. cass., 10 novembre 1885, S. 86, 1, 9 ; Cass., 16 décembre 1889, 5 mars 1890 et 1er juillet 1890, S. 90, 1, 481.

(3) Paris, 4 août 1897, D. P. 98, 2, 62.

(4) A Paris il est d'usage, pour les référés sur placet, de fixer le délai à un jour franc avec augmentation à raison des distances.

d'extrême urgence, on peut assigner d'heure à heure, et même les jours de fête légale avec la permission du juge qui commet en pareil cas l'huissier chargé de l'assignation (art. 807 et 808 C. pr.), et dans les mêmes circonstances le demandeur peut assigner en l'hôtel du président. Il a même été jugé que l'assignation peut être donnée d'heure à heure, sans permission du juge, s'il est établi que le défendeur a eu cependant le temps nécessaire pour préparer sa défense (1). A Paris les référés, autres que ceux relatifs à la saisie-exécution et ceux sur scellés, sont portés au jour d'audience fixé par le président par les avoués qui rédigent un placet et sont communément appelés « référés sur placet », par opposition aux référés introduits par les huissiers à la requête des parties sur les procès-verbaux d'exécution, qui sont appelés à d'autres audiences et prennent le nom de « référés sur procès-verbaux ». Dans les référés « sur scellés ou inventaires », ce sont les greffiers de justice de paix ou les notaires qui saisissent le président. Les référés sur placet sont jugés en audience publique par le président assisté de son greffier; ceux sur procès verbaux, aussi en audience publique par le président, mais sans l'assistance du greffier; ceux sur procès-verbaux de scellés ou inventaire sont toujours jugés en chambre du conseil, également sans l'assistance du greffier.

A Paris, les référés sur procès-verbaux ne s'entament pas par assignation, mais sous la forme d'un dire rédigé sur le procès-verbal de saisie-exécution et suivi d'une assignation à comparaître rédigée également sur le procès-verbal même, dont copie est laissée au défendeur saisi. En cas de référé introduit sur procès-verbal de scellé ou d'inventaire, c'est également par un dire sur le procès-verbal que s'introduit le référé, mais si les parties, ou leurs mandataires, qui doivent signer le dire se mettent d'accord sur le jour du référé, l'assignation devient inutile (2).

Pour la rédaction et la signification de l'assignation, on applique le droit commun. Toutes exceptions peuvent être proposées en référé, même celles de la caution des étrangers. Il va sans dire qu'il ne saurait être question de requêtes en défense et en réponse, ni de communication au ministère public. Les parties peuvent se présenter en personne ou se faire représenter ou assister d'hommes de loi, mais le ministère des avoués n'est pas légalement obligatoire. Le président peut ordonner toute mesure d'instruction qu'il croit nécessaire; son ordonnance est toujours exécutoire de plein droit par provision et elle peut même, dans les cas les plus urgents, être exécutoire sur minute. Le juge a toujours le droit d'obliger le gagnant à fournir caution, mais si l'ordonnance garde le silence, il est par cela même dispensé de cette obligation (art. 809, 810, 811 C. pr.). Le juge peut aussi, s'il le veut, renvoyer l'instruction et le jugement de l'affaire au tribunal lui-même, dont il n'est en réalité que le délégué, mais il n'use que très rarement de ce droit, pour des circonstances particulièrement graves.

Dans aucun cas, les ordonnances de référé ne peuvent faire préjudice au

(1) Paris, 8 mars 1870, D. P. 70, 2, 63.

(2) Ces référés sont parfois introduits d'office par l'officier public, lequel en réfère lui-même au président, mais charge néanmoins la partie requérante d'appeler le défendeur à l'audience fixée.

principal (art. 809 C. pr.). Cette règle ne signifie pas qu'il est interdit au juge des référés de causer un préjudice quelconque à l'une ou à l'autre des parties. La loi a seulement voulu dire que l'ordonnance de référé laisse absoment intact le droit de la juridiction ordinaire de statuer sur le fond de la prétention. On en a conclu parfois, mais à tort, que les ordonnances de référé n'ont pas autorité de chose jugée ; il vaut mieux dire qu'elles ont la même autorité de chose jugée que les décisions provisoires. Cette interdiction adressée au juge des référés de statuer d'une manière définitive sur le fond comporte les applications les plus diverses. C'est ainsi que le juge des référés ne peut pas statuer sur les prétendues erreurs contenues dans un jugement (1), sur l'interprétation des termes d'un contrat, sur la demande d'une partie qui prétend ne pas exécuter le contrat, par exemple sur celle d'un locataire qui veut rester dans l'appartement, quoiqu'il ait reçu un congé régulier (2), sur la validité ou sur la résiliation d'un contrat (3).

En principe, les ordonnances de référé sont susceptibles de toutes les voies de recours ordinaires ou extraordinaires, même de la tierce opposition, suivant le droit commun (4). La loi ne refuse que la voie de l'opposition contre les ordonnances par défaut (art. 890 C. pr.). Pour savoir si l'ordonnance est susceptible d'appel, il faut aussi appliquer la loi du 11 avril 1838. On admettra l'appel, en matière mobilière, si la demande dépasse 1 500 francs de principal ou, en matière immobilière, si l'immeuble qui donne lieu au litige rapporte plus de 60 francs par an constatés par contrat de bail ou par contrat de rente. Dans les autres cas, l'appel sera refusé, à moins qu'il ne s'agisse d'incompétence (5) ; mais l'ordonnance étant en dernier ressort pourra être attaquée par le pourvoi en cassation pour violation de la loi (6).

Le pourvoi en cassation ne présente aucune particularité en cette matière. Il en est autrement de l'appel qui est porté devant la chambre civile de la Cour ; le premier président de cette cour n'est pas le juge des référés du second degré. Au délai ordinaire de deux mois pour interjeter appel, la loi substitue celui de quinze jours à partir de la signification de l'ordonnance (art. 809 C. pr.). Ce délai est franc et, par cela même qu'il ne comprend que des jours, malgré l'avis contraire de la majorité des auteurs, il s'augmente à raison des distances. Il est d'ailleurs permis d'appeler dès le lendemain de l'ordonnance, tandis que, de droit commun, cette voie de recours est interdite pendant la huitaine qui suit le jugement (art. 809 C. pr.). On suit en appel la procédure sommaire civile, avec ministère d'avoué : c'est la conséquence de ce que l'affaire est portée à la chambre civile. Enfin, contrairement au droit commun, l'appel n'est pas suspensif de l'exécution de l'ordonnance ;

(1) Lyon, 12 mai 1883, D. P. 84, 2, 39.

(2) Paris, 10 novembre 1871, D. P. 72, 5, 379.

(3) Paris, 28 août 1874 et 24 avril 1877, D. P. 78, 2, 177. Peut-il condamner aux dépens ou à des dommages-intérêts ? Voy. civ. cass., 10 juin 1898, D. P. 98, 1, 536.

(4) Note sous Paris, 29 avril 1887, D. P. 88, 2, 237.

(5) Poitiers, 4 août 1887, D. P. 88, 2, 239 ; Paris, 6 août 1891, D. P. 94, 2, 307 ; Besançon, 10 février 1892, D. P. 94, 1, 169.

(6) Cette question a été cependant controversée ; voy. note sous Cass., 3 juillet 1889, S. 90, 1, 465 ; *contra* Chauveau, v° *Question*, n° 2776, t. VI, p. 5748 ; de Belleyme, t. I, p. 441 et arrêts cités.

nous verrons même plus loin qu'il s'agit là d'un cas d'exécution provisoire résultant directement de la loi, de sorte qu'il n'est pas nécessaire au juge d'en parler, à moins qu'il ne veuille imposer au gagnant l'obligation de fournir caution.

### § 60. — Procédure des affaires commerciales (art. 414 à 423 C. pr., moins 420).

Le législateur s'occupe de la procédure des tribunaux de commerce dans le titre XXV, livre II, du Code de procédure (art. 414 à 443 C. pr.) et dans le titre III, livre IV, du Code de commerce (art. 642 à 645 C. com.). Les rubriques de ces titres pourraient porter à croire que la procédure commerciale s'applique seulement devant les tribunaux de commerce. Ce serait cependant là une erreur, car on l'emploie aussi devant les tribunaux civils qui jugent commercialement. Il s'agit donc plutôt de la procédure des affaires commerciales que de celle des tribunaux de commerce. Les dispositions de nos deux titres ont pour objet de faire connaître sous quels rapports la procédure commerciale présente des particularités, elles ont donc un caractère exceptionnel. Malheureusement, le législateur ne s'est pas strictement attaché à relever ces particularités ; il a aussi reproduit des règles du droit commun, alors qu'il aurait mieux valu les passer sous silence, puisque le droit commun s'applique toujours du moment qu'il n'y est pas dérogé.

Toute affaire commerciale est dispensée, comme nous l'avons vu, du préliminaire de conciliation, parce qu'elle est toujours censée requérir célérité (1). L'affaire commence donc par l'exploit d'ajournement. Nous verrons toutefois qu'au cours de la procédure la conciliation peut être tentée, soit par l'un des juges, tout au moins d'après un usage du tribunal de commerce de la Seine, soit par les arbitres rapporteurs, conformément à l'article 429 du Code de procédure (2).

La procédure commerciale est encore plus rapide que celle des affaires civiles sommaires, et c'est même une des raisons qui ont amené la jurisprudence à décider que la voie du référé n'est pas ouverte, même en cas d'urgence, pour les affaires commerciales (3).

Aux termes de l'article 415 du Code de procédure, l'ajournement est rédigé en matière commerciale comme en matière civile et cela est en effet vrai d'une manière générale, mais cependant il faut relever quelques particularités. Ainsi, il est évident que l'ajournement commercial ne contient aucune mention relative à la tentative de conciliation, puisque cette tentative n'existe pas. Il ne renferme pas non plus constitution d'avoué ni élection de domicile (arg. art 422). Dans le projet du Code de commerce, le ministère

(1) Sur la célérité des affaires commerciales, voy. Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XX, tit. 18.

(2) Aussi, lorsque le tribunal de commerce nomme un arbitre rapporteur et lui prescrit d'entendre les parties à l'effet de les concilier, il ne fait qu'user de son droit du moment qu'il ne charge pas en même temps cet arbitre des fonctions d'un expert ordinaire. Req., 10 juillet 1877, S. 77, 1, 309.

(3) Voy. notamment Amiens, 26 mai 1875, S. 75, 2, 297.

des avoués devait exister en matière commerciale, mais ce projet fut écarté à la demande de la Cour de cassation et des tribunaux de commerce les plus importants. L'article 414 du Code de procédure porte en conséquence que la procédure se fait devant les tribunaux de commerce et plus exactement en matière commerciale sans le ministère des avoués, et l'article 627 du Code de commerce emploie une formule encore plus énergique : il déclare que le ministère des avoués est interdit en tant qu'officiers ministériels.

Toute personne peut donc se présenter elle-même pour postuler et conclure ou choisir librement un mandataire pour la représenter. Seuls, les huissiers sont déclarés incapables d'accepter un semblable mandat, sous peine d'une amende de 25 à 50 francs prononcée sans appel et sauf application, s'il y a lieu, de peines disciplinaires plus graves. Mais du moment qu'un huissier n'enfreint pas la défense de cet article 627 du Code de commerce, il accomplit d'une manière licite tous les actes qu'il fait devant la juridiction commerciale et, par exemple, rien ne s'oppose à ce qu'il rédige les conclusions de l'une ou de l'autre des parties (1).

Dans la discussion du Conseil d'État, il fut reconnu que, tout en supprimant le monopole des avoués, on conserverait l'usage de notre ancien droit, de la part de nos tribunaux consulaires, d'agréer certaines personnes dont la profession consistait à représenter les parties en matière commerciale. Ces mandataires s'appelaient autrefois des avoués ou *agréés plaidants* ou encore *agents reconnus au consulat*. Les anciens procureurs ayant pris le nom d'avoués, le terme d'agréé fut réservé à ces mandataires. Mais il ne faut pas croire qu'ils exercent un monopole. Toutes autres personnes, comme on l'a dit, sauf les huissiers, peuvent représenter autrui en justice commerciale. Ce droit appartient par conséquent aussi aux avocats et aux avoués, mais, en tant qu'il s'agit de la procuration commerciale, ils ne sont plus que des mandataires ordinaires et perdent leur caractère d'avocat ou d'officier ministériel. Ainsi, il n'existe plus au profit des avoués une présomption de mandat et ils doivent, comme toutes autres personnes, justifier d'une procuration spéciale suivant les formes ordinaires ; cela est vrai même si l'affaire commerciale est portée à un tribunal civil (2).

Les magistrats en activité de service peuvent eux-mêmes représenter les parties en matière commerciale, car aucune loi ne s'y oppose, mais ils n'ont pas le droit de plaider pour elles, sauf les juges suppléants non rétribués, parce qu'ils ne sont pas en activité de service.

L'article 627 du Code de commerce nous apprend en quelle forme se donne ce mandat *ad litem*. Si la partie est présente à l'audience avec le mandataire, cette présence suffit pour justifier et prouver le mandat. Dans le cas contraire, l'article 627 exige une procuration spéciale et écrite; il n'est pas d'ailleurs nécessaire qu'elle soit authentique. Ce pouvoir est généralement donné au bas de l'original ou de la copie de l'exploit. La loi veut que le mandataire le présente avant l'audience au greffier qui le vise sans frais. Il va sans dire que cette procuration doit être sur papier timbré et enregistrée (3). Ces

(1) Trib. de Marseille, 6 juin 1872, *Journal des huissiers*, t. LV, p. 93.
(2) Metz, 26 avril 1870, D. P. 70, 2, 193.
(3) Cass., 5 novembre 1835, S. 36, 1, 103. Si ces formalités du timbre et de l'enregis-

formalités sont nécessaires, même si le mandat est donné à un avoué ou à un avocat, ou agréé, car ils ne sont ici que des mandataires ordinaires (ord. du 10 mars 1825). Le tribunal de commerce de la Seine établit, toutefois, une différence entre les agréés et les autres mandataires. Ceux-ci doivent faire légaliser leur procuration lorsqu'elle est sous seing privé, tandis que le tribunal n'impose pas cette formalité aux agréés. Cette pratique a été parfois critiquée. On s'est fondé sur ce que les articles 421 du Code de procédure et 627 du Code de commerce ne parlent pas de cette formalité de la légalisation. Dès lors, n'ajoute-t-on pas à la loi en l'imposant, d'autant plus qu'en général ce ne sont pas les actes des particuliers, mais ceux des fonctionnaires qui sont soumis à cette formalité ? Or, du moment qu'on introduit une exception au droit commun, il faut un texte pour la justifier. D'ailleurs, dans le silence de la loi, à qui s'adresser pour cette légalisation ?

Malgré ces raisons, la jurisprudence reconnaît aux tribunaux de commerce le droit d'exiger cette légalisation qui sera donnée par le maire de la commune (1). Cette jurisprudence se fonde sur ce que le tribunal a pleine liberté pour rechercher si le mandat qu'on lui présente est vraiment valable et régulier et, dès lors, il peut imposer comme moyen de la preuve qui doit lui être faite, précisément la formalité de la légalisation. Cette solution paraît bien confirmée par une lettre du grand juge du 26 décembre 1807 et par un avis du Conseil d'État du 22 avril 1831. C'est par décision réglementaire du 27 août 1830 que le tribunal de commerce de la Seine a dispensé ses agréés de la production d'une procuration authentique ou légalisée. Mais, cependant, s'il y avait contestation sur ce point, le tribunal devrait statuer par une décision spéciale sans renvoyer à sa délibération qui est nulle comme entachée d'excès de pouvoir.

Dans le jugement qui termine l'affaire, le tribunal doit mentionner que le mandataire a été autorisé à représenter la partie, soit par la présence même de cette partie, soit en vertu d'un mandat spécial. Si cette mention avait été omise, le président du tribunal et le procureur général, chargés de vérifier les minutes du jugement, devraient signaler l'irrégularité au garde des sceaux pour que celui-ci pût prendre contre le greffier les mesures disciplinaires qu'il croirait nécessaires (art. 627 C. com. ; ord. du 5 novembre 1823, art. 6 et 7 ; ord. du 10 mars 1825, art. 1er et suiv.).

En matière commerciale, le délai pour comparaître, au lieu d'être de huit jours, est réduit à un jour; mais comme il a pour point de départ une signification à personne ou domicile, ce délai est franc et se ramène ainsi à trois jours (art. 416 et 1033 C. pr.). De ce que le délai est franc, il résulte aussi qu'il s'augmente à raison des distances. Pour les personnes domiciliées hors du territoire européen de la France, on applique, dans le silence de la loi, le droit commun, c'est-à-dire l'article 73 du Code de procédure.

Le délai d'un jour franc peut même être abrégé et, dans les cas qui requièrent célérité, le président du tribunal de commerce peut autoriser à assigner de jour à jour ou d'heure à heure. Dans ces cas, le délai ne peut

trement n'avaient pas été remplies, le mandat n'en serait pas moins valable et on s'exposerait seulement à des amendes.

(1) Cass., 1er mai 1883, S. 83, 1, 265. Voy. aussi Paris, 6 mars 1880, S. 81, 2, 27.

plus s'augmenter à raison des distances, autrement la faculté d'assigner de jour à jour ou d'heure à heure serait en fait supprimée. D'ailleurs, il est bien évident que si le juge croit que le défendeur sera dans l'impossibilité de répondre à une assignation d'heure à heure ou de jour à jour, par exemple parce qu'il est domicilié au loin, il n'autorisera pas l'assignation à si bref délai. On décide même que le président peut permettre d'assigner à un jour de fête légale et que le tribunal de commerce pourrait siéger ce même jour comme le juge de paix; autrement, il y aurait des cas où la permission d'assigner d'heure à heure deviendrait illusoire. Mais cette solution est fort contestable à cause du silence de la loi. Il faut en dire autant, et par identité de motifs, de l'opinion suivant laquelle, en matière commerciale, le demandeur devrait indiquer dans l'ajournement le jour fixe auquel le défendeur doit comparaître: la formule « dans le délai de la loi » ne serait pas valable. On impose même dans la pratique aux plaideurs l'obligation d'indiquer les jour et heure de l'audience. Il ne peut être question d'avenir, puisqu'il n'y a pas constitution d'avoué; comment, dit-on, le défendeur pourrait-il être averti du jour et de l'audience à laquelle il est appelé autrement que par l'ajournement?

L'article 417 ne permet pas seulement d'assigner le défendeur à bref délai; le demandeur peut aussi se faire autoriser à pratiquer une saisie conservatoire sur les effets mobiliers du défendeur pour assurer plus tard l'exécution du jugement. Cette saisie est à la fois purement conservatoire et particulière aux affaires commerciales. Aussi ne peut-elle être suivie de la vente des effets saisis, tant que le jugement qui sera le titre exécutoire n'aura pas été obtenu. Suivant certains auteurs, cette saisie conservatoire doit être autorisée par le président du tribunal civil. On prétend, à l'appui de cette opinion, que les saisies ne peuvent pas rentrer dans les actes de commerce. Cela est évident. Mais ne peut-on pas en dire autant de l'autorisation d'assigner à bref délai? Or, il résulte jusqu'à l'évidence de l'article 417 que c'est le même magistrat qui a le pouvoir d'autoriser l'assignation à bref délai et la saisie conservatoire. Personne ne conteste que la première autorisation, celle d'assigner à bref délai, émane du président du tribunal de commerce; c'est donc lui aussi qui permet la saisie conservatoire (1).

L'autorisation d'assigner à bref délai ou de saisir conservatoirement lui est demandée, en l'absence d'avoués, par la partie elle-même ou par un mandataire quelconque. Il n'est pas nécessaire que le demandeur présente un titre, même sous seing privé (2). Pour empêcher les abus qui pourraient résulter de la saisie conservatoire, l'article 417 autorise le président du tribunal à obliger le demandeur soit à fournir caution, soit à justifier de solvabilités suffisantes. Cette saisie peut en effet porter le plus grave préjudice au défendeur par cela même qu'elle est pratiquée sur tout ou partie des effets mobiliers. Elle peut ainsi comprendre toutes les marchandises. Mais elle ne saurait porter sur les créances du défendeur qui ne sont pas des effets mobiliers, d'autant plus qu'elle deviendrait alors une véritable saisie-arrêt et que le droit d'autoriser ces saisies n'appartient qu'au président du tribunal civil.

(1) Civ. cass., 9 mars 1880, S. 80, 1, 407.

(2) Paris, 9 janvier 1866, D. P. 66, 5, 419. Voy. également notes 1 et 2 sous D. P. 75 2, 151.

Si l'exécution de la saisie commerciale soulève des difficultés, le droit commun reprend son empire dans le silence de la loi ; le président du tribunal de commerce ne peut pas connaître de ces difficultés qui sont portées non pas au président du tribunal civil, mais au tribunal lui-même (1). Il faut en dire autant de la demande en mainlevée formée par le défendeur (2). Cette demande en mainlevée ne pourrait être portée au président du tribunal civil qu'autant qu'à raison des circonstances on serait en droit de considérer la saisie conservatoire comme un simple obstacle de fait ; tel serait le cas où elle aurait eu lieu sans l'autorisation du président du tribunal de commerce.

L'article 417 du Code de procédure ajoute que l'ordonnance du président du tribunal de commerce autorisant à assigner à bref délai et celle qui permet de pratiquer la saisie conservatoire sont toutes deux exécutoires, nonobstant opposition ou appel. Cette disposition est facile à expliquer dans le système de ceux qui posent en principe que toutes les décisions judiciaires, à moins d'un texte contraire, qu'elles soient gracieuses ou contentieuses, sont susceptibles d'appel et, si elles sont par défaut, d'opposition. Mais cette opinion compte peu de partisans et on décide au contraire, très généralement, que les décisions de juridiction gracieuse, comme l'ordonnance qui autorise à assigner à bref délai, et celle qui permet la saisie conservatoire, ne jugeant rien, ne sont susceptibles ni d'opposition ni d'appel. Alors comment le législateur a-t-il pu parler de ces voies de recours à l'occasion de ces deux ordonnances? On peut répondre que le législateur a songé au cas où, malgré la prohibition de ces voies de recours, elles seraient cependant employées. Il vaut mieux dire qu'il a, dans cet article, oublié le principe général, et, croyant que ces deux ordonnances sont susceptibles des voies de recours de droit commun, il a dit que l'opposition et l'appel ne seraient cependant pas suspensifs. En résulte-t-il qu'on doit ici autoriser ces voies de recours? On peut admettre l'affirmative, en observant qu'une erreur du législateur passée dans un texte de loi devient cependant elle-même une loi, à moins que cette solution ne conduise à des impossibilités, mais tel n'est pas le cas (3).

Pour les affaires maritimes, le législateur pose trois règles spéciales avec l'intention de se montrer encore plus favorable que pour les autres affaires commerciales (art. 418 et 419 C. pr.). Mais nous allons bientôt constater que, de ces trois règles, deux seulement constituent des privilèges.

En premier lieu, le législateur permet d'assigner de jour à jour et même d'heure à heure, sans autorisation du président du tribunal, soit lorsqu'il existe « des parties non domiciliées », soit dans les cas urgents et provisoires. Doit-on entendre par parties non domiciliées, comme sous l'ordonnance d'août 1681 (liv. I, tit. XI, art. 2), les étrangers ou forains? On l'a soutenu

(1) Cass., 11 novembre 1885, S. 80, 1, 198.

(2) Civ. cass., 22 août 1882, D. P. 83, 1, 215; cette incompétence est absolue et peut être pour la première fois proposée en appel.

(3) Voy. les solutions différentes que j'ai proposées dans ma note sous Douai, 21 janvier 1884, D. P. 87, 2, 17. Ceux qui admettent que l'ordonnance est susceptible d'opposition reconnaissent qu'elle ne peut être portée que devant le président du tribunal de commerce. Aix, 3 mars 1871, D. P. 72, 2, 41; Paris, 8 mai 1871, D. P. 72, 2, 185 ; Douai, 21 janvier 1884, cité *supra*.

et l'argument historique donné en faveur de cette solution paraît très sérieux. Cependant, on remarquera que l'expression actuelle « parties non domiciliées » se trouve pour la première fois dans le Code de procédure et que l'ordonnance de 1681 parlait « des étrangers ou forains ». Il semble que si le législateur actuel avait voulu maintenir l'ancien droit, il en aurait reproduit les termes. Aussi préférons-nous l'interprétation suivant laquelle le législateur aurait en vue les personnes non domiciliées dans la ville où le navire est en partance.

En second lieu, l'article 418 ajoute qu'en matière maritime le défaut pourra toujours être jugé sur-le-champ. Cette disposition était utile sous l'empire de l'ordonnance, car alors le défaut se constatait au greffe et le profit ne pouvait être adjugé à l'audience qu'après l'expiration d'un certain délai à partir du jour où le demandeur avait levé le défaut ; mais, devant les juges consuls, le défaut était immédiatement accordé. Aujourd'hui, cette dernière règle est devenue le droit commun (art. 150 C. pr.) et il était dès lors inutile de la rappeler dans l'article 418 du Code de procédure.

En troisième lieu, aux termes de l'article 419, « toutes assignations données à bord à la personne assignée seront valables ». Ce texte n'exprime pas exactement la pensée du législateur. Il semble, en effet, dire que la remise de l'assignation à bord ne sera valable qu'autant qu'elle sera faite à personne. Mais si telle était l'intention de la loi, cette disposition serait tout à fait inutile et n'aurait aucun sens spécial, puisqu'il est de droit commun que la signification peut être faite à personne en un lieu quelconque. Aussi faut-il entendre la loi tout autrement et en ce sens qu'en matière maritime la signification peut être faite, non seulement à personne ou à domicile, mais encore à bord du navire à celui qui, à ce bord, a qualité pour recevoir tous les actes qui concernent les passagers et les gens du navire. Cette explication est d'ailleurs bien conforme à l'ordonnance d'août 1681 (liv. I, tit. XI, art. 1er). On remarquera que l'assignation à bord est permise sans qu'il y ait lieu de distinguer si elle concerne un passager ou un des gens de l'équipage.

Ces particularités écartées, reprenons la procédure au point où nous l'avons laissée. On'a vu qu'immédiatement après l'ajournement, l'affaire arrive directement au tribunal; elle doit être inscrite au rôle, au plus tard la veille du jour de l'audience où elle sera appelée, sauf exception, bien entendu, dans les cas où l'assignation a été donnée d'heure à heure. Les tribunaux de commerce ne comprenant qu'une chambre, il ne peut pas être question de faire passer une affaire du rôle général au rôle spécial d'une chambre. Toutefois, au tribunal de commerce de la Seine, on distingue deux rôles, le grand et le petit. Le petit rôle contient les affaires les plus simples et qui semblent de nature à être terminées le jour même où elles seront appelées. Le grand rôle, au contraire, est consacré aux affaires les plus importantes qui, le plus souvent, sont renvoyées après leur appel à une autre audience. Le grand rôle s'expédie le lundi de chaque semaine et les petits rôles les autres jours. En général, toute affaire du grand rôle est renvoyée du lundi où elle est appelée au lundi de la quinzaine, parce qu'en effet, au tribunal de commerce de la Seine, les mêmes juges ne siègent que tous les quinze jours.

A l'appel de la cause, si l'un des plaideurs fait défaut, il est rendu jugement

contre lui ; si les deux parties comparaissent, on instruit l'affaire par plaidoiries, mais à Paris, dès que la moindre difficulté s'élève, le tribunal renvoie au délibéré d'un juge ou d'un arbitre rapporteur. Il ne peut pas être question d'écritures, puisque le ministère des avoués n'existe pas.

On se rappelle que les parties peuvent comparaître en personne ou par un mandataire quelconque ; en pratique, le plus souvent, ce mandataire sera un agréé, un avoué ou un avocat. Lorsque l'affaire ne se termine pas à l'audience même où elle est appelée, les parties non domiciliées dans le lieu où siège le tribunal doivent y faire une élection de domicile (art. 422 C. pr.). Nous avons vu qu'en matière civile cette élection de domicile est de droit chez les avoués des parties. En matière commerciale, ces avoués n'existent pas et l'ajournement ne contient même pas élection de domicile de la part du demandeur. Il n'en résulte aucun inconvénient si l'affaire doit se terminer à l'audience même où elle arrive pour la première fois, ou encore si les parties sont domiciliées dans le lieu où siège le tribunal. Mais si l'affaire doit se prolonger et si les parties (ou l'une d'elles) sont domiciliées ailleurs que dans la ville où siège le tribunal, alors les significations de partie à partie à leurs domiciles ordinaires et respectifs seraient le plus souvent de nature à entraîner des longueurs considérables. C'est pour ce motif que l'article 422 oblige chaque partie non domiciliée dans le lieu où siège le tribunal à y faire une élection de domicile. Celle-ci est mentionnée sur le plumitif de l'audience. Si une partie ne fait pas cette élection de domicile, ou si cette élection n'est pas mentionnée sur le plumitif, la loi considère la partie comme faisant élection de domicile au greffe, et c'est alors là que toutes les significations, même celle du jugement qui termine l'affaire, lui seront valablement faites (art. 422 C. pr.). Toutefois, ces dispositions étant établies dans l'intérêt exclusif des parties, chacune d'elles peut y renoncer et, au lieu de faire les significations au greffe, les adresser au domicile ordinaire de son adversaire.

De ce qui précède, il résulte que l'élection de domicile, qui aurait pu être faite par le demandeur déjà dans l'ajournement, serait tout à fait inutile. En effet, si l'exploit d'ajournement contient l'élection d'un domicile par le demandeur, mais que cette élection ne soit pas mentionnée sur le plumitif, elle sera tenue pour non avenue et le défendeur fera valablement ses significations au greffe (1).

De même, il est hors de doute que l'article 422, parlant des parties en général, s'applique non seulement aux parties originaires, mais aussi aux intervenants (2). Mais une question encore aujourd'hui controversée et qui divise la jurisprudence est celle de savoir si l'acte d'appel peut être signifié au greffe du tribunal de commerce à défaut, par les parties non domiciliées dans le lieu où siège ce tribunal, d'y avoir fait élection de domicile. Nous estimons qu'il ne faut pas confondre l'acte d'appel avec la signification du jugement définitif. Cette signification peut être faite au greffe du tribunal, non seulement pour préparer l'exécution, mais même pour que le délai

(1) Civ. cass., 25 mars 1862, D. P. 62, 1, 176 ; civ. cass., 24 février 1879, D. P. 79, 1, 207.
(2) Req., 12 décembre 1855, D. P. 56, 1, 259.

d'appel commence à courir : l'article 422 est tout à fait général et n'établit aucune distinction (1). Mais la loi ne parle pas de la signification de l'acte d'appel qui, dès lors, reste soumise au droit commun (2).

La pratique du tribunal de commerce de la Seine a introduit, dans ces dernières années, une certaine procédure de nature à faciliter les arrangements et qui est connue sous le nom de délibéré immédiat. Cette procédure a été imaginée en 1890 par le président Guillotin. Elle était, à cette époque, réservée aux causes des plaideurs se présentant en personne. Ces causes sont appelées les premières à la reprise de chaque audience et si ces plaideurs venus en personne le demandent, le tribunal leur accorde le renvoi immédiat devant un juge qui se tient en permanence dans son cabinet, les entend contradictoirement durant l'audience même et fait sur-le-champ une tentative de conciliation. Cette pratique ayant produit d'excellents résultats, le président Dervillé décida très sagement qu'à l'avenir ce délibéré immédiat pourrait être pratiqué même dans les affaires où les parties sont représentées par des agréés ou autres mandataires. Mais il va sans dire que, dans tous ces cas, cette tentative de conciliation, n'étant pas prescrite par la loi, doit être demandée par toutes les parties en cause.

Lorsque le défendeur consent ainsi au renvoi de l'affaire devant un juge chargé de concilier les parties, il semble bien qu'il accepte, par cela même, la compétence du tribunal et qu'il renonce à l'exception d'incompétence relative. En faveur de l'opinion contraire, on a dit qu'à ce moment du renvoi le défendeur n'a encore proposé aucune exception ni aucune défense au fond et que dès lors l'exception n'est pas couverte. Il est facile de répondre à cette considération. D'abord, il est possible qu'en fait le défendeur ait déjà conclu même au fond au moment où il consent au renvoi. Mais, même dans le cas contraire, il est évident qu'il couvre l'exception d'incompétence par cela seul qu'il accepte un juge du tribunal. L'incompétence relative ne disparaît pas, en effet, seulement lorsque le défendeur conclut au fond ou sur des exceptions postérieures à celle d'incompétence, mais d'une manière générale toutes les fois qu'il fait un acte quelconque impliquant de sa part acceptation de la juridiction du tribunal saisi (3).

Il n'y a pas lieu à communication à ministère public, lequel n'existe pas en matière commerciale. Il n'en est autrement qu'autant que l'affaire commerciale est portée devant un tribunal civil et si l'on admet l'opinion suivant laquelle la présence du ministère public est nécessaire au tribunal civil, même lorsqu'il instruit les affaires commerciales.

Sont communes aux tribunaux de commerce et aux tribunaux civils les dispositions sur la publicité et la police des audiences, celles qui déterminent comment sont rendus et prononcés les jugements, la manière de recueillir les voix, la rédaction et l'expédition des jugements. Toutefois, nous verrons plus

(1) Paris, 19 août 1872, S. 72, 2, 240 ; civ. cass., 24 février 1879, D.P. 79, 1, 207 ; req., 17 mai 1887, D. P. 87, 1, 247.

(2) Dijon, 25 janvier 1872, S. 72, 2, 16. Cette signification ne peut pas être faite au domicile élu, à peine de nullité. Rennes, 6 décembre 1881, D. P. 82, 2, 75.

(3) La Cour de Lyon a rendu le 7 avril 1876 et le 1er mars 1877 (S. 78, 2, 38) deux arrêts en sens contraire.

loin qu'en l'absence d'avoués les qualités sont rédigées par le greffier (ord. du 12 octobre 1825, art. 1er). En fait, l'agréé, l'avocat ou l'avoué du gagnant les prépare et les remet au greffier qui se les approprie et qui en est, par cela même, seul responsable. Mais comme elles ne sont ni signifiées ni débattues entre les parties, elles ne peuvent ni leur profiter, ni leur nuire. On se rappelle que dans le cas où une partie a comparu par mandataire, le pouvoir de celui-ci doit être mentionné dans le jugement (ord. du 10 mars 1825).

On applique pour les dépens le droit commun et, notamment, on autorise la compensation dans les deux cas déterminés par la loi. La liquidation des dépens est faite par le jugement même (art. 543 C. pr.). Mais la loi ayant réservé la distraction des dépens aux avoués, il ne peut pas être question d'en étendre le bénéfice aux agréés.

Les dépens ne comprennent que les déboursés de la partie, les frais des incidents, les émoluments des experts ou des arbitres rapporteurs. On en exclut les honoraires des agréés et ceux des avocats, à moins de convention contraire entre les parties ou qu'ils ne soient alloués à titre de dommages-intérêts. Le gagnant paie donc lui-même son agréé et son avocat.

La loi n'ayant pas dérogé en matière commerciale à l'article 137 du Code de procédure, il en résulte que l'exécution provisoire du chef des dépens ne peut pas plus être ordonnée en matière commerciale qu'en matière civile. Aussi, la caution qui peut être exigée du gagnant en retour de l'exécution provisoire ne comprend pas les dépens (1).

En pratique, les tribunaux de commerce allouent à leurs agréés des frais de postulation, de rédaction, d'assistance, de plaidoirie. Les règlements qu'ils édictent à ce sujet constituent autant d'excès de pouvoir et cependant on s'y est toujours soumis sans récrimination à cause des services qu'ils rendent.

### § 61. — Procédure des justices de paix (art. 1 à 14 C. pr., moins 2 et 3).

On se rappelle qu'en principe toute affaire de la compétence du juge de paix est soumise à la petite conciliation de la loi du 2 mai 1855, modificative de l'article 17 de la loi du 25 mai 1838. On ne dispense les parties de la petite conciliation que si l'affaire requiert célérité ou si le défendeur n'est pas domicilié dans le canton.

Le procès s'entame devant le juge de paix, après la tentative de conciliation restée sans résultat, par une assignation qui porte plus spécialement le nom de citation et qui contient les mentions énumérées par l'article 1er. En principe, la citation en justice de paix est soumise aux mêmes formalités que l'assignation devant le tribunal d'arrondissement. Il nous suffira donc de relever les différences. Ainsi la citation en justice de paix ne contient ni élection de domicile, ni constitution d'avoué, ni copie de pièces ; la simple indication de l'immeuble en litige suffit, sans autre explication (cpr. art. 1, 61 et 64 C. pr.). En cas d'ajournement devant le tribunal d'arrondissement, la loi prononce la nullité pour inobservation de presque toutes les formalités qu'elle prescrit. Pour la citation en justice de paix, l'article 1er garde le silence.

(1) Paris, 7 janvier 1873, S. 74, 2, 24.

Nous appliquerons donc la théorie générale concernant les nullités de procédure et nous déciderons que la citation ne sera nulle qu'autant qu'on aura omis une formalité substantielle. Si l'omission porte sur une formalité accessoire, la citation n'en est pas moins valable.

Il faut considérer comme formalités essentielles la date, l'indication du demandeur, celle du défendeur, l'énoncé de l'objet et des moyens de la demande, l'indication du juge de paix compétent, le délai pour comparaître. Mais il n'y aurait pas nullité si la citation omettait une des mentions relatives à l'une des parties, du moment que son identité ne serait pas douteuse, ni dans les cas plus contestés où elle omettrait la demeure et l'immatricule de l'huissier. Lorsque la citation est nulle, elle ne produit pas ses effets ordinaires et notamment elle ne saisit pas le juge de paix, elle n'interrompt pas la prescription, elle ne fait pas courir les intérêts moratoires.

Sous l'empire du Code de procédure, la citation en justice de paix ne pouvait être faite que par un des huissiers spécialement attachés à la justice de paix du canton du domicile du défendeur, mais la loi du 25 mai 1838 (art. 16) reconnaît aujourd'hui compétence à tous les huissiers du canton et supprime le privilège de ceux qui, auparavant, étaient attachés à la justice de paix.

Si l'huissier ne trouve personne au domicile du défendeur, il remet directement la copie au maire ou à l'adjoint, qui vise l'original sans frais, tandis qu'en cas d'ajournement devant le tribunal d'arrondissement, il faut qu'il s'adresse préalablement à un voisin (cpr. art. 4 et 68 C. pr.).

En général, il est défendu à l'huissier d'instrumenter pour ses parents ou alliés, en ligne directe à l'infini, et en ligne collatérale jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement. Pour les citations en justice de paix, la défense se limite en ligne collatérale aux frères et sœurs et alliés au même degré (cpr. art. 4 et 66 C. pr).

Le délai donné au défendeur pour comparaître n'est plus que d'un jour, mais ce jour est franc et le délai s'augmente, par conséquent, à raison des distances (art. 5 C. pr.). Le juge de paix peut même par une cédule permettre au demandeur d'assigner de jour à jour ou d'heure à heure dans les cas urgents, et il est évident qu'alors le délai cesse d'être franc et ne s'augmente pas à raison des distances (art. 6 C. pr.).

Lorsque le demandeur n'a pas observé les délais de la loi, de deux choses l'une : ou bien le défendeur comparaît et alors l'irrégularité est couverte, ou bien il fait défaut et alors le juge de paix ordonne sa réassignation ; les frais de la première assignation restent à la charge du demandeur, mais elle n'en est pas moins valable, elle continue notamment à avoir interrompu la prescription et fait courir les intérêts moratoires (art. 5 C. pr).

Un tribunal d'arrondissement ne peut être saisi que par voie d'ajournement. La loi est beaucoup moins rigoureuse s'il s'agit d'un juge de paix : elle permet aux parties qui se mettent d'accord, tout au moins sur ce point, de supprimer la citation avec ses formes et ses délais et de se présenter spontanément devant le juge de paix. D'un autre côté, la loi les autorise, si elles sont encore d'accord, à saisir de leur affaire soit par citation, soit par comparution volontaire, un juge de paix autre que celui déterminé par la loi et ce magistrat, quoique n'étant pas leur juge naturel, est tenu de connaître de leur

différend, au risque de commettre un déni de justice (art. 7 C. pr). Sous ce dernier rapport, la loi consacre ici une intéressante dérogation au droit commun. Nous avons vu que le défendeur peut couvrir l'incompétence relative d'un tribunal d'arrondissement et qu'alors ce tribunal a le droit de juger l'affaire, mais il n'y est pas obligé et peut, malgré l'accord des parties, refuser de les juger sans commettre un déni de justice, parce qu'il n'est pas, d'après la loi, le juge naturel.

L'article 7 du Code de procédure paraît consacrer une troisième dérogation au droit commun, mais c'est une pure apparence : il décide qu'en justice de paix les parties (ou l'une d'elles) peuvent renoncer à l'avance au droit d'appeler. C'est là, en réalité, une règle commune à toutes les juridictions, et il eût dès lors mieux valu n'en rien dire dans l'article 7.

On comparaît en justice de paix, soit en personne, soit par l'intermédiaire d'un mandataire quelconque. Seuls, les huissiers ne peuvent assister comme conseils ni représenter les parties, à peine d'une amende de 25 à 50 fr. prononcée par le juge de paix sans appel (loi du 25 mai 1838, art. 18).

Peu importe d'ailleurs que le mandat soit donné par acte authentique ou sous seing privé, et les juges de paix admettent même le mandat verbal. Mais ils ont, bien entendu, pouvoir discrétionnaire pour la preuve de l'existence du mandat.

Lorsque l'affaire ne se termine pas au jour où elle est appelée, la loi n'oblige cependant pas les parties non domiciliées dans la localité à y faire, comme en matière commerciale, une élection de domicile.

Les dispositions relatives à la tenue et à la police des audiences contenues dans les articles 8 à 14 du Code de procédure ne présentent aucune difficulté. Nous nous bornerons à rappeler que certains juges de paix tiennent maintenant des audiences foraines, que plusieurs dispositions relatives au pouvoir de répression du juge de paix à son audience ont été modifiées ou complétées par les articles 501 et suivants du Code pénal.

La loi a bien soin de défendre toutes écritures (art. 9 C. pr.) et de ne permettre que des explications verbales ; mais, dans les affaires compliquées, il peut y avoir lieu à de véritables plaidoiries d'avocat, sans que le ministère de ceux-ci soit obligatoire.

La loi désire que la cause soit jugée sur-le-champ ; cependant le juge de paix peut, s'il le croit nécessaire, ordonner la remise des pièces sur le bureau et retarder le jugement à une prochaine audience. Tout cela suppose que l'affaire ne soulève aucun incident.

Le juge de paix statuant seul, il est évident qu'il ne peut être question de délibération ni de vote. Quant aux dépens, on appliquera les règles exposées à propos des jugements des tribunaux de commerce.

## § 62. — Procédure des conseils de prud'hommes.

Voir à la fin de l'ouvrage.

---

# TROISIÈME PARTIE

## DES JUGEMENTS

## CHAPITRE PREMIER

### RÈGLES COMMUNES A TOUS LES JUGEMENTS
(ART. 116 à 149 C. pr.)

**§ 63. — Des diverses espèces de jugements** (art. 452 C. pr).

L'affaire étant instruite et plaidée doit recevoir jugement. Dans le sens le plus large de ce mot, le jugement est la décision d'un tribunal ou même parfois d'un membre de ce tribunal. Dans un sens étroit, le jugement est la décision d'un tribunal inférieur, tribunal d'arrondissement, tribunal de commerce, juge de paix, conseil de prud'hommes. Les décisions des tribunaux supérieurs, c'est-à-dire des cours d'appel et de la Cour de cassation, portent le nom d'arrêts. Celles des arbitres sont désignées sous le terme de sentences, qu'on emploie aussi parfois pour les jugements des conseils de prud'hommes. Lorsqu'une décision émane d'un seul juge du tribunal, par exemple d'un président, elle porte le nom d'ordonnance. Bien que les décisions des juges de paix soient rendues par un seul magistrat, elles s'appellent cependant jugements, parce que le juge de paix forme à lui seul le tribunal tout entier.

Nous verrons bientôt qu'un jugement (*lato sensu*) ne statue pas nécessairement sur un litige : il y a des jugements gracieux, comme celui d'homologation d'une adoption. Parfois, on appelle actes judiciaires certaines décisions qui ne statuent pas sur une contestation, comme, par exemple, les jugements qui donnent acte de reconnaissance d'écritures sous seing privé (art. 2123 C. civ.). Mais ce sont, en réalité, des jugements.

Les caractères des jugements sont très différents selon le point de vue sous lequel on les envisage.

Au point de vue des degrés de juridiction, on distingue trois sortes de jugements : en premier ressort, s'ils sont susceptibles d'appel ; en premier et dernier ressort, s'ils ne comportent pas cette voie de recours ; en dernier ressort, s'ils sont rendus sur appel.

Au point de vue de la participation que les plaideurs prennent au procès,

les jugements sont contradictoires ou par défaut. Un jugement est contradictoire lorsque les deux parties ont comparu et ont conclu à l'audience à l'appel de la cause. Il ne suffit pas que le demandeur ait conclu dans l'ajournement ni le défendeur dans sa requête en défense ; ce qui est essentiel et suffisant à la fois pour que le jugement soit contradictoire, c'est l'échange des conclusions entre les parties, à l'appel de la cause, devant le tribunal. Dans différentes circonstances, notamment en matière d'instruction par écrit, d'ordre, de distribution par contribution (art. 113, 660, 756 C. pr.), la loi prescrit aux parties de fournir leurs pièces ; si l'une d'elles ne le fait pas, le jugement n'en reste pas moins contradictoire du moment qu'elle a conclu à l'audience, mais on lui donne assez volontiers, dans ce cas, le nom de jugement de forclusion.

Le jugement est par défaut si le défendeur ne comparaît pas ou si l'une des deux parties ne conclut pas à l'audience ; dans le premier cas, le jugement est par défaut faute de comparaître, dans le second cas, il est par défaut faute de conclure. L'un ne peut être rendu que contre le défendeur, l'autre est commun aux deux parties.

Il peut très bien arriver qu'une affaire commencée contradictoirement aboutisse à un jugement par défaut : c'est ce qui a lieu lorsque l'affaire a comporté un incident qui a été jugé par le tribunal ; il faut ensuite reprendre l'affaire au fond et, si l'une des deux parties ne conclut pas de nouveau sur le fond, le jugement sera rendu par défaut.

Il est fort utile de savoir si un jugement est contradictoire ou par défaut. D'importantes différences existent entre ces deux sortes de jugements, et notamment les jugements par défaut sont susceptibles, de la part du défaillant, d'une voie de recours qu'on appelle l'opposition et qui n'existe pas contre les jugements contradictoires.

Au point de vue de leur objet, les jugements se divisent en jugements d'avant dire droit et jugements définitifs. Les jugements d'avant dire droit ont pour but, soit de protéger une partie contre un danger dont le procès la menace, soit d'ordonner une mesure d'instruction. Il y a trois sortes de jugements d'avant faire droit : le jugement provisoire, le jugement préparatoire et le jugement interlocutoire.

Le jugement provisoire est celui par lequel les juges ordonnent une mesure non dans le but de s'éclairer, mais pour sauvegarder des intérêts menacés par l'effet même du procès et de manière à éviter un préjudice à l'un des plaideurs. Ce jugement a un caractère d'urgence et se détache complètement de l'affaire. Aussi, pour savoir s'il est susceptible d'appel, faut-il s'attacher aux demandes provisoires sur lesquelles il statue, sans tenir compte des demandes principales. De même ce jugement, étant fondé sur les circonstances, peut être modifié ou retiré, sans qu'il y ait violation de la chose jugée si les circonstances viennent à changer. Comme jugement provisoire, nous citerons celui qui, dans un procès en divorce ou en séparation de corps, attribue, pour la durée de ce procès, une provision alimentaire à la femme. De même, si une partie très probablement créancière de l'autre se trouve dans le besoin, les juges peuvent condamner par un jugement provisoire cette dernière à lui payer une certaine somme pendant le procès, sauf restitution dans le cas où

il serait ensuite établi que la créance n'existait pas. De même encore lorsqu'en matière immobilière le demandeur craint que le défendeur, possesseur de l'immeuble, ne le détériore, il peut demander et obtenir un jugement provisoire qui ordonne la mise en séquestre de cet immeuble pendant la durée du procès.

Le jugement préparatoire et le jugement interlocutoire ordonnent l'un et l'autre une mesure d'instruction, mais celle que prescrit le jugement préparatoire ne préjuge pas le fond, tandis que celle qui est prescrite par le jugement interlocutoire le préjuge, c'est-à-dire laisse entrevoir quelle sera probablement la décision des juges sur le fond. Comme exemples de jugements préparatoires nous citerons ceux qui ordonnent une communication de pièces, une instruction par écrit, un délibéré sur rapport. Comme exemple de jugement interlocutoire, nous citerons celui qui, dans une demande en séparation de corps ou en divorce formée par une femme contre son mari pour cause d'excès, sévices ou injures graves, ordonne une enquête à l'effet de recevoir les dispositions des témoins de ces faits. Ce jugement laisse entrevoir que si les témoins établissent les faits invoqués par la femme, celle-ci obtiendra la séparation de corps ou le divorce; si, en effet, le tribunal estimait que ces faits ne sont pas suffisamment graves pour justifier la demande, il repousserait l'enquête.

Un même jugement peut être, suivant les procès, tantôt préparatoire, antôt interlocutoire : pour déterminer sa nature, il faut toujours s'attacher au point de savoir s'il préjuge ou non le fond. Par exemple, si le procès porte sur une demande en dommages-intérêts et si le défendeur soutient qu'il n'a causé aucun préjudice et si enfin le tribunal ordonne une expertise, soit d'office, soit sur les conclusions du demandeur, dans ce cas le jugement d'expertise est interlocutoire; il laisse entrevoir que dans l'opinion du tribunal le demandeur a été victime d'un préjudice injuste (1). Supposons, au contraire, que les deux plaideurs, d'accord sur le droit à des dommages-intérêts, soient divisés sur leur montant; le jugement prescrivant une expertise sera préparatoire, car on ne peut pas savoir si les juges sont portés à adopter la somme réclamée par le demandeur ou celle offerte par le défendeur ou même encore une autre somme (2).

La question est importante de savoir si un jugement est préparatoire ou interlocutoire au point de vue de l'appel; aussi la loi définit-elle ces jugements d'avant dire droit dans l'article 452 du Code de procédure au titre de l'appel. Le jugement interlocutoire peut être attaqué par la voie de l'appel avant que le jugement sur le fond ait été rendu, précisément parce qu'en tant qu'il préjuge le fond il nuit dans une certaine mesure à l'un des plaideurs. Le jugement préparatoire, au contraire, ne produisant pas cet effet, ni l'un ni l'autre des deux plaideurs ne peut se plaindre quant au fond. On ne voit même pas au premier abord pour quelle cause un pareil jugement peut être susceptible d'appel et à vrai dire cet appel ne se conçoit que pour vice de forme, par exemple parce que les juges ont omis de le dater ou

(1) Orléans, 10 août 1894, D. P. 96, 2, 151; Lyon, 7 janvier 1891, D. P. 92, 2, 9.

(2) Req., 23 octobre 1888, D. P. 89, 1, 449; Nancy, 3 janvier 1896, D. P. 96, 2, 310 Dijon, 17 janvier 1898, D. P. 99, 2, 144; req., 6 mars 1900, D. P. 1900, 1, 152.

oublié le nom d'un des juges, mais on voit que de pareils moyens sont de véritables chicanes et, pour les empêcher de se produire trop souvent, la loi a soumis le droit d'appel contre les jugements préparatoires à deux restrictions : on ne peut appeler d'un jugement préparatoire qu'autant que le jugement sur le fond a été rendu et à la condition d'attaquer à la fois et conjointement le jugement sur le fond et le jugement préparatoire.

Certains auteurs ont proposé une autre théorie et estiment que, pour savoir si un jugement est préparatoire ou interlocutoire, il faut rechercher s'il y a eu litige ou non sur le point qu'il tranche entre les parties. Dans cette doctrine, le jugement que prescrit l'instruction par écrit serait interlocutoire si l'une des parties avait résisté à cette procédure et le jugement qui ordonne une enquête serait préparatoire si les deux parties avaient, d'un commun accord, accepté cette mesure d'instruction. Cette doctrine est absolument contraire au texte précis de l'article 452, duquel il résulte qu'il faut uniquement rechercher si le fond est ou n'est pas préjugé. Le jugement ordonnant une instruction par écrit sera donc toujours préparatoire, même si une des parties repousse ce mode d'instruction, car il ne laisse pas entrevoir quelle est l'opinion probable des juges sur le fond. Le jugement que prescrit une enquête sera toujours interlocutoire, puisqu'il laisse entrevoir que la demande est admissible. Cependant, même si les deux parties ont conclu dans le sens de l'enquête, ce jugement ne sera pas susceptible d'appel ; mais cela ne tient pas à ce qu'il est préparatoire ; il restera interlocutoire, et les parties ne pourront pas l'attaquer, parce qu'elles l'ont accepté à l'avance et, par cela même, ont tacitement renoncé au droit d'appel (1).

Une autre question qui se rattache spécialement au jugement interlocutoire est celle de savoir dans quelle mesure ce jugement préjuge le fond. En d'autres termes, le jugement interlocutoire lie-t-il ou ne lie-t-il pas le juge ? Quand on déclare que le jugement interlocutoire lie le juge, on entend dire par là que le tribunal, si la preuve est faite, est tenu de juger dans le sens qu'avait indiqué l'interlocutoire. Déclare-t-on, au contraire, que l'interlocutoire ne lie pas le juge, on décide par là que le juge a le droit de statuer sur le fond en sens inverse de celui qu'indiquait le jugement interlocutoire. Par exemple, si le juge est lié par l'interlocutoire, après avoir ordonné une enquête pour la preuve des faits invoqués par la femme à l'appui de sa demande en séparation de corps, le tribunal sera obligé, si les faits sont établis, de prononcer cette séparation de corps, bien que décidément ils n'aient pas la gravité qu'il leur avait reconnue au début ; si le juge n'est pas lié par l'interlocutoire, il peut repousser la demande, quoique primitivement elle lui ait paru admissible. On s'accorde pour décider que le juge est lié par l'interlocutoire et qu'il ne peut pas s'en écarter sans violer l'autorité de la chose jugée, dans deux cas. En premier lieu, lorsque le jugement a tranché la question de droit de savoir si telle preuve était autorisée ou interdite par la loi, il ne peut plus revenir sur cette décision : après avoir décidé, par exemple, que l'enquête doit être écartée, parce que la preuve testimoniale est interdite par la loi, il ne peut pas, dans la même affaire, décider ensuite

(1) Voy., sur cette question, req., 19 mars 1879, S. 80, 1, 468.

que la preuve par témoins est permise. En second lieu, lorsqu'un jugement interlocutoire a déféré un serment à la demande de l'une des parties ou d'office sous les conditions déterminées par la loi, le juge est lié par les résultats du serment ; dans ce cas, en effet, la loi impose la preuve au juge et l'oblige à renoncer à sa conviction. Le défendeur ayant juré qu'il n'est pas débiteur, le tribunal doit l'absoudre, même s'il est convaincu que le défendeur n'a pas dit la vérité.

Mais, dans les autres cas où le jugement interlocutoire a statué seulement sur des points de fait, le tribunal est-il lié sur la mesure d'instruction et par ses résultats? On l'a soutenu en faisant remarquer qu'on ne comprendrait pas autrement que l'appel immédiat soit autorisé. Cette observation n'est pas fondée. On comprend très bien que l'appel soit permis par cela seul que l'interlocutoire laisse entrevoir dans quel sens le tribunal se prononcera probablement, mais non pas nécessairement. Ceux qui prétendent que l'interlocutoire lie le juge en arrivent à dire qu'il juge déjà le fond plutôt qu'il ne le préjuge. Cette solution a surtout le très grave inconvénient d'obliger le juge à statuer contre sa conviction, si elle a changé depuis le jugement interlocutoire. Or c'est un principe supérieur de notre procédure actuelle, de laisser au juge pleine et entière liberté et de lui permettre de se décider uniquement d'après sa conscience. Aussi l'opinion, suivant laquelle l'interlocutoire lie le juge, est-elle depuis longtemps abandonnée par la jurisprudence, qui a préféré la solution contraire : l'interlocutoire ne lie pas le juge (1).

Il peut arriver que dans une même affaire le tribunal rende trois sortes de jugements d'avant dire droit. Ainsi, dans un procès de revendication, est provisoire le jugement qui ordonne un séquestre, préparatoire celui qui prescrit la communication des titres, interlocutoire celui qui admet la preuve de la possession pour prescrire.

On a été souvent fort embarrassé pour expliquer le jugement définitif. Dira-t-on que c'est celui qui est irrévocable? Évidemment non ; tout jugement, même d'avant dire droit, devient irrévocable à partir du moment où il n'est plus susceptible d'aucune voie de recours. Est-ce celui qui statue sur un point litigieux? Pas davantage, car les jugements d'avant dire droit mettent aussi fin à certains litiges. Pour bien comprendre quels sont les jugements définitifs, il faut se rappeler quels sont ceux d'avant dire droit. Or nous venons de voir que les jugements d'avant dire droit sont ceux qui concernent la preuve et l'instruction des prétentions des parties sur le fond. Sont donc jugements définitifs, d'abord ceux qui terminent la contestation, ensuite et aussi tous ceux relatifs à des incidents du procès qui n'ont pas pour objet la preuve et l'instruction du fond de l'affaire, notamment les jugements qui statuent sur une exception d'incompétence ou de nullité, sur une intervention, sur une récusation, sur une demande en renvoi, sur une péremption d'instance, etc. Il peut arriver qu'un jugement soit à la fois, pour partie définitif, pour partie avant dire droit. Supposons qu'une personne

(1) Req., 6 janvier 1891, D. P. 91, 1, 479; req., 26 juin 1893, D. P. 95, 1, 47, Nancy, 21 mars 1896, D. P. 96, 2, 518; req., 3 août 1896, D. P. 96, 1, 862; req. 10 juillet 1900, D. P. 1900, 1, 471.

prétende avoir acquis la propriété d'un immeuble par la prescription de dix à vingt ans, et que son adversaire soutienne qu'elle ne pouvait acquérir que par trente ans, lesquels ne sont pas écoulés ; le tribunal décide, d'une part, qu'il y a lieu d'appliquer la prescription de trente ans, et, d'autre part, qu'elle devra être établie par tel moyen de preuve : sur le premier point, le jugement est définitif et, sur le second, il est interlocutoire.

Au point de vue de la juridiction exercée par le tribunal dans son jugement, on dit que celui-ci est contentieux ou gracieux : contentieux, s'il a tranché un différend ; gracieux, s'il constitue un acte ou une solennité judiciaire, comme par exemple le jugement d'adoption. Le jugement gracieux, à la différence du jugement contentieux, n'a pas autorité de chose jugée, par cela même qu'il est étranger à tout différend, et il en résulte qu'il n'est susceptible d'aucune voie de recours, à moins d'un texte formel de loi en sens contraire.

C'est ici le lieu d'examiner une question encore aujourd'hui très controversée à l'occasion du jugement connu, dans la pratique, sous le nom de jugement d'expédient ou encore sous celui de jugement convenu. Il suppose que deux personnes simulent un procès pour obtenir la constatation de leur contrat sous la forme d'un jugement. Ces deux personnes sont donc parfaitement d'accord ; d'où le nom de jugement convenu. Mais elles prennent la forme judiciaire, comme on se servait à Rome de la *cessio in jure* pour passer un acte juridique, transport de propriété, contrat ou autre, d'où le nom de jugement d'expédient. Ce jugement constatant un contrat est, suivant une certaine doctrine, de juridiction gracieuse. Il n'a donc pas l'autorité de chose jugée, puisqu'il n'a pas vidé un conflit, et il ne comporte aucune voie de recours. Mais on appliquera les règles des contrats, et par exemple, si le jugement d'expédient renferme une transaction entre majeurs et mineurs, il devra être soumis, en tant que contrat et avant d'avoir pris la forme d'un jugement, au conseil de famille et à l'avis de trois jurisconsultes. De même, le consentement de l'une des parties a-t-il été vicié par erreur, dol ou violence, ou le contrat qui a revêtu la forme d'un jugement d'expédient a-t-il été passé par un incapable, on pourra en demander la nullité pendant dix ans, conformément à l'article 1304 du Code civil. Si l'une des parties n'a même donné aucun consentement, le contrat sera inexistant (1). Cependant, les partisans de cette doctrine sont obligés de reconnaître que les tiers lésés par un pareil jugement ne peuvent l'attaquer que par la voie de la tierce opposition, parce qu'à leur égard il s'agit d'un jugement ordinaire.

Mais pour quel motif n'en serait-il pas de même entre les parties? Celles-ci consentent à donner à leur contrat la forme fictive d'un procès ; il est tout naturel qu'elles en subissent les conséquences et que le jugement soit, lui aussi, fictivement contentieux (2). Sans doute, le tribunal connaît fort souvent l'accord des parties, mais parfois aussi il arrive qu'il l'ignore et qu'il entende rendre un jugement contentieux. Quant à la loi, elle ignore toujours les jugements d'expédients, car elle n'en parle pas. Il y a donc légalement

(1) Toulouse, 24 janvier 1885, D. P. 86, 2, 73 et ma note sous cet arrêt.
(2) Nancy, 13 juillet 1894, D. P. 95, 1, 159 et ma note sous Toulouse, citée *supra*.

jugement contentieux, par cela même qu'on a pris les formes de la procédure contentieuse, assignation en justice, conclusions contradictoires, etc. Il résulte de là qu'en pareil cas l'action en justice doit être refusée contre le contrat en cas de nullité, mais on aura contre le jugement les voies de recours, suivant les règles ordinaires ; au lieu de l'action en nullité durant dix ans pour vice du consentement, nous accorderons la voie de l'appel pendant deux mois. Il y a là, comme on le voit, quant à la durée du temps pendant lequel l'acte peut être attaqué, une différence considérable suivant qu'il se présente sous la forme d'un contrat ou sous celle d'un jugement. Ce résultat est précisément conforme au but que se sont proposé les parties. Le plus souvent, on passe un contrat sous forme de jugement d'expédient pour rendre définitif un règlement quelconque. Tel est le cas où un tuteur simule avec son ex-mineur un procès en reddition de compte pour clore les conséquences de la tutelle au moyen d'un jugement d'expédient. C'est ce qui se produira au bout d'un temps très court, à l'expiration des délais des voies de recours. Si le jugement d'expédient pouvait être attaqué par voie d'action en nullité, on serait dans l'incertitude pendant dix ans ou même parfois pendant trente ans.

Mais si les parties, au lieu de simuler un procès, déclarent franchement à la justice qu'elles se présentent pour obtenir la constatation de leur accord par jugement, ne doit-on pas dire tout au moins dans ce cas, que le tribunal rend un jugement d'expédient de juridiction gracieuse ? On a répondu affirmativement (1), mais à tort selon nous. Dans ces circonstances, le tribunal doit refuser de statuer, car on lui propose de commettre un excès de pouvoir en lui demandant de faire office de notaire.

Il faut bien se garder de confondre avec ce cas celui où, au cours d'un procès sérieux, une partie demande qu'on lui donne acte d'un aveu ou d'une déclaration de son adversaire ou bien encore d'une réserve qu'elle fait à son profit. Le tribunal a le devoir d'obtempérer à cette demande. On verra aussi qu'en cas d'action en reconnaissance d'écritures, le créancier porteur d'un acte sous seing privé a le droit d'obtenir de la justice un jugement à titre exécutoire, mais c'est encore là une hypothèse bien différente de celle du jugement convenu.

## § 64. — Comment les juges rendent leurs jugements : délibération, vote, partage, prononcé (art. 93, 94, 116 à 119 C. pr.).

On a vu à quel moment cesse le rôle actif des plaideurs : c'est à la clôture des débats prononcée par le président du tribunal. La loi n'impose à ce magistrat aucune formule sacramentelle, mais dans le doute, et par exemple s'il avait dit *à huitaine pour l'audition du ministère public*, les débats ne seraient pas clos et les parties pourraient encore prendre des conclusions.

Après la clôture des débats, on entend la lecture du rapport, s'il a été

(1) Civ. rej., 5 janvier 1852, D. P 54, 1, 428 ; Bordeaux, 2 mai 1895, D. P. 96, 2, 394 ; req., 10 juin 1895, D. P. 96, 1, 197 ; *contra*, ma note précitée sous D. P. 86, 2, 73. Demante, *Principes d'enregistrement*, t. I. 3e édit., n° 56, p. 88.

nommé un rapporteur, et les conclusions du ministère public s'il y a lieu (art. 111 C. pr.; décret du 30 mars 1808, art. 87).

Le tribunal entre ensuite en délibération. Les juges seuls prennent part à cette délibération, à l'exclusion du ministère public et du greffier; le ministère public n'a même pas le droit d'y assister (1).

Le tribunal peut délibérer de plusieurs manières (art. 116 C. pr.). Dans les affaires les plus simples et aussi dans les contestations pour les jugements d'avant dire droit, les juges, fort souvent, délibèrent et votent instantanément sur le siège, sans même suspendre l'audience.

Lorsque le jugement n'est plus aussi simple, le tribunal peut se retirer dans la chambre du conseil pour délibérer et recueillir les voix; en pareil cas, l'audience n'est pas levée, elle n'est que suspendue et le tribunal rentre en séance pour prononcer le jugement.

Si l'affaire est assez grave ou assez difficile pour demander un examen plus long, le tribunal renvoie à une audience ultérieure pour le prononcé du jugement; pendant cette période d'examen, qui peut se prolonger aussi longtemps que les besoins de la cause l'exigent, l'affaire est alors, dit-on, en état de délibéré : c'est le délibéré simple.

A ces trois premières hypothèses prévues par l'article 116, il faut en ajouter une quatrième qui fait l'objet des articles 93 et 94 du Code de procédure. L'affaire étant importante et difficile, le tribunal rend un jugement préparatoire par lequel il ordonne un délibéré sur rapport, c'est-à-dire qu'il confie à un de ses membres le soin d'examiner l'affaire et d'en faire un rapport en audience publique. En principe, le délibéré sur rapport est toujours facultatif pour le tribunal qui est libre de l'ordonner ou non. Par exception, la loi impose le rapport dans certains cas, mais il faut alors un texte formel; c'est ce qui a lieu notamment : en matière de vérification d'écritures (art. 199 et 203); faux incident civil (art. 222); enquête (art. 380); récusation (art. 385 et 394); reddition de compte (art. 539 et 542); distribution par contribution et ordre (art. 668 et 762); envoi en possession des biens d'un absent (art. 859); autorisation de femme mariée (art. 863); avis de parents (art. 885); interdiction (art. 891); partage et licitation (art. 981), etc.

Certains auteurs voudraient que le rapport devînt, comme aussi les conclusions du ministère public, obligatoire dans toutes les affaires, sauf dans les affaires sommaires où il resterait facultatif. Ce système aurait sans doute l'avantage de rétablir l'équilibre en faveur d'un plaideur dont les droits ont été compromis par l'insuffisance de son avocat, mais il résulterait aussi du rapport une prolongation de la durée du procès. Parfois, en pratique, le tribunal, entre les plaidoiries et le jugement, au cours du délibéré simple, sans ordonner par un jugement préparatoire un délibéré sur rapport, charge officieusement un de ses membres d'entendre les parties et leurs avoués et de faire rapport de leurs auditions, mais comme cette mesure n'est pas reconnue par la loi, il ne peut pas être question de l'ordonner par jugement : le rapport du juge ne doit pas être lu à l'audience

(1) Il en est autrement à la Cour de cassation où il peut donner des explications, mais sans prendre part au vote.

et le jugement sur le fond n'en doit pas faire mention à peine de nullité (1).

Le jugement ordonnant un délibéré sur rapport prescrit aux parties de mettre leurs pièces sur le bureau. Le même jugement indique le juge qui fera le rapport et le jour où celui-ci sera lu à l'audience, pour que les parties et leurs avoués puissent assister à cette lecture et adresser au tribunal, s'il y a lieu, des notes rectificatives. Ce jugement préparatoire ne doit être ni levé ni signifié, sous peine, pour la partie, de faire des frais frustratoires. Si l'une des parties ne dépose pas ses pièces (ou même les deux), l'affaire n'en reste pas moins contradictoire (art. 93 et 94 C. pr.).

Dans notre ancien droit, les juges délibéraient et donnaient leur avis secrètement. Le secret s'était substitué à la publicité du moyen âge, sous l'influence du droit canonique.

Un décret du 26 juin 1793 (art. 1er) imposa aux juges l'obligation de délibérer en public. Aux termes de la loi du 3 brumaire an II (art. 70) « les juges des tribunaux pourront, comme par le passé, se retirer dans une salle voisine pour l'examen des procès; mais immédiatement après cet examen, ils rentreront à l'audience pour y délibérer en public, y opiner à haute voix et prononcer le jugement ». Les juges perdirent une partie de leur liberté; des altercations scandaleuses se produisirent entre le public et eux et on s'empressa de renoncer, dès la Constitution de l'an III (art. 208), à un système qui avait manifestement échoué. La loi du 20 avril 1810 consacre aujourd'hui le principe du secret des délibérations; le jugement seul est prononcé en audience publique.

Le jugement doit être rendu par trois juges au moins. Avant la loi du 30 août 1883, les juges pouvaient rendre leurs jugements en nombre pair; mais on a constaté que ce nombre pair était une cause fréquente de partage et la loi du 30 août 1883 a voulu qu'à l'avenir les juges des tribunaux d'arrondissement, comme ceux des cours d'appel, votassent en nombre impair (2). Le texte de la loi semble même défendre de siéger en nombre pair. Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que quatre juges, ou même six, prennent part à l'instruction de l'affaire et cette précaution est même fort utile pour le cas où le procès exige un grand nombre d'audiences; au cours de l'instruction un ou deux des juges peuvent se trouver arrêtés, par exemple pour cause de maladie : comme ils ont été remplacés à l'avance, il n'est pas nécessaire d'appeler de nouveaux juges et de recommencer l'instruction. Mais lorsque les juges qui ont siégé en nombre pair se retrouvent avec ce nombre au moment de délibérer, alors celui qui était en excédent doit se retirer pour que le tribunal se forme maintenant en nombre impair, autrement il y aurait nullité du jugement (3). Au surplus, il a toujours été admis que, quand les juges ont siégé en nombre supérieur à trois, un ou plusieurs de ceux qui sont en excédent peuvent se retirer, même s'ils ne

(1) Req., 12 février 1877, S. 80, 1, 24; req., 7 février 1881, D. P. 82, 1, 87.

(2) La loi du 30 août 1883 ne s'applique pas à la Cour de cassation, ni aux tribunaux de commerce. Sur ce dernier point, voy. ma note sous Montpellier, 28 mars 1890, D. P. 92, 2, 69; *contra* Bourges, 29 décembre 1891, D. P. 92, 2, 176; Nancy, 31 janvier 1893, D. P. 93, 2, 134.

(3) Civ. cass., 29 mars 1900, D. P. 1900, 1, 261.

sont pas empêchés et sans que les parties aient le droit de se plaindre. Lorsqu'un ou plusieurs juges suppléants ont siégé, ils ne peuvent prendre part au vote qu'autant qu'ils ont remplacé des juges empêchés, mais ils continuent à avoir voix consultative, la loi de 1883 n'ayant pas abrogé l'article 40 du décret de 1810. A la rigueur, un tribunal serait valablement composé de trois juges suppléants. A défaut de juges suppléants, on peut compléter le tribunal en appelant un avocat où à défaut d'avocat un avoué, en ayant le soin de prendre l'avocat ou l'avoué disponible le plus acien d'après l'ordre du tableau. L'avocat ou l'avoué, aux termes mêmes de la loi, ne peut que compléter le tribunal. Il en résulte qu'une audience ne serait pas valablement constituée par un juge et deux avocats ou deux avoués (décret du 30 mars 1808, art. 49). Lorsqu'un juge est empêché au cours de l'instruction, on appelle aussi, non plus pour constituer le tribunal, mais pour le remplacer, un juge titulaire, un juge suppléant, un avocat, un avoué, tous dans l'ordre du tableau. Mais comme tout juge doit avoir assisté aux différentes audiences de l'affaire, il faut recommencer l'instruction. Cependant s'il a été rendu, au cours de l'instance, un ou plusieurs jugements d'avant dire droit, préparatoires ou interlocutoires, ou des jugements définitifs sur certains incidents, on considère ces jugements comme scindant l'instance en autant de parties, ce qui permet de ne reprendre l'affaire qu'à partir du dernier d'entre eux (1). De même, si les parties ont modifié leurs conclusions au cours de l'instruction, il suffit d'avoir assisté aux audiences qui ont suivi ces modifications (2).

Il faut avoir bien soin de relever dans le jugement les juges qui ont voté. La loi veut aussi qu'on mentionne en cas d'empêchement d'un juge qu'il a été remplacé par le plus ancien des juges titulaires ou suppléants des avocats, des avoués, qui étaient disponibles. Mais la loi n'exige pas qu'on dise que les suppléants n'ont pas voté lorsqu'ils étaient en excédent (3). Il n'est pas non plus nécessaire de déclarer dans le jugement que le juge remplacé s'était trouvé empêché ; aucune loi n'impose cette mention (4).

Le vote est précédé d'une discussion que dirige le président et qui se termine par la position des questions à résoudre. La loi des 16-24 août 1790 (tit. V, art. 15) voulait que le président posât séparément les questions de fait, ce qui n'était pas toujours facile et devenait une cause d'embarras fréquents. Aussi le Code de procédure a-t-il laissé pleine liberté au président. On s'en est parfois plaint en observant que, dans certains cas, la solution de la difficulté sera à la discrétion du président. Supposons, a-t-on dit, que devant un tribunal composé de trois juges, on plaide la question de savoir si une donation est nulle pour trois causes, incapacité du donateur, incapacité du donataire, vice de forme. Chaque juge admet une cause de nullité que repoussent ses deux collègues. Si le président du tribunal pose une seule

(1) Req., 13 février 1891, D. P. 91, 1, 185.

(2) Cass., 3 février 1863, D. P. 64, 1, 185. Sur la nécessité pour le juge d'avoir assisté à toutes les audiences de l'affaire, à peine de nullité du jugement, voy. civ. cass., 24 juillet 1899, D. P. 1900, 1, 38. Cette règle ne concerne pas, on s'en souvient, le ministère public. Dijon, 27 mai 1899, D. P. 99, 2, 346.

(3) Civ. rej., 18 décembre 1871, D. P. 72, 1, 9.

(4) Cass., 29 mars 1867, S. 77, 1, 448.

question, la donation est-elle nulle, c'est à l'unanimité que cette nullité sera prononcée ; s'il pose successivement trois questions, une pour chaque cause de nullité, c'est la validité de la donation qui sortira du vote, puisque, pour chacune de ces causes, il existe une voix dans le sens de la nullité et deux en sens contraire. Hâtons-nous de dire que ce danger est purement chimérique à cause de l'obligation aujourd'hui imposée par la loi aux juges de motiver leurs décisions : il faudra bien qu'ils finissent par s'entendre et aucune surprise n'est possible.

La délibération terminée, le juge le plus récemment nommé, qui n'est pas nécessairement le plus jeune, vote le premier pour que les décisions des anciens n'exercent pas d'influence sur son esprit. Cependant, dans les affaires jugées sur rapport, c'est le rapporteur qui opine le premier (décret du 30 mars 1808, art. 35).

C'est aussi à l'effet d'assurer l'indépendance des suffrages que le législateur a pris quelques dispositions spéciales pour le cas où des juges, parents ou alliés à un degré rapproché, ont siégé dans la même affaire, en vertu de dispenses du gouvernement. De très bonne heure, on avait admis que deux parents à un degré rapproché ne devaient pas juger ensemble, mais on avait aussi permis des dispenses qui écartaient l'application de la règle. L'ordonnance de 1550 (art. 32) portait : « Ne seront reçus en un même parlement, chambre des comptes ou autre cour souveraine, ni en un même siège, le père et le fils, deux frères, l'oncle et le neveu et avons dès à présent déclaré nulles toutes lettres de dispense qui seraient obtenues au contraire par quelque cause et occasion que ce soit. » Les abus continuèrent ; c'est en vain que les États de Blois réclamèrent et que l'édit de 1579 rappela l'exécution de l'ordonnance de 1550. Louis XIV renouvela encore une fois les anciennes prohibitions dans son édit d'août 1669 ; il s'interdisait d'accorder des dispenses ; il étendit même la prohibition pour cause d'alliance entre beau-père et gendre et entre beaux-frères ; mais la volonté de Louis XIV ne fut pas mieux respectée que celle de ses prédécesseurs. En présence de la puissance et de la ténacité des familles parlementaires, il fallut céder et accorder des dispenses ; seulement l'édit de 1681 réalisa un progrès en établissant que les voix des parents ou alliés au degré prohibé, mais ayant obtenu dispense, se confondraient et ne compteraient que pour une seule toutes les fois que ces parents ou alliés seraient du même avis ; c'est ce qu'on appela le système de la confusion des voix.

La loi du 11 septembre 1790 (art. 9) renouvela la prohibition, l'étendit jusqu'au degré de cousin issu de germain et supprima les dispenses. La Constitution de l'an III restreignit la prohibition au degré de cousin germain, mais elle n'admit pas plus les dispenses que la loi du 11 septembre 1790. Aussi, à cette époque, ne pouvait-il être question de la confusion des voix, puisque jamais deux parents ne siégeaient ensemble. Plus tard, la loi du 27 ventôse an VIII, relative à l'organisation judiciaire, garda le silence sur cette question. On se demanda alors si l'article 207 de la Constitution de l'an III était resté en vigueur ou si la loi du 27 ventôse an VIII ne l'avait pas abrogé. Un avis du Conseil d'État du 23 avril 1807, sans se prononcer directement sur ce point, décida que « dans le cas où des parents ou alliés au

degré de cousin germain inclusivement opinent dans la même cause, l'ancienne règle que leurs voix ne comptent que pour une, s'ils sont du même avis, doit être observée ». Cet avis du Conseil d'État maintient donc la prohibition des lois du droit intermédiaire, mais permet de la lever au moyen de dispenses; seulement, dans ce dernier cas, il applique le système de la confusion des voix. Quelque temps après cet avis du Conseil d'État, la loi du 20 avril 1810 (art. 63) maintint les prohibitions, mais seulement jusqu'au degré d'oncle et de neveu inclusivement comme dans l'ancienne jurisprudence et, en outre, elle rétablit le système des dispenses dans les tribunaux composés de huit juges au moins. Ces tribunaux comprenant deux ou plusieurs chambres, on peut facilement empêcher les deux juges parents ou alliés de siéger ensemble en les plaçant dans des chambres différentes et cependant la loi ne leur a pas défendu de siéger ensemble (1). La loi du 20 avril 1810 ne parle pas du système de la confusion des voix pour le cas où les deux juges, parents ou alliés, ont siégé dans la même affaire en vertu de dispenses et sont du même avis. Mais la jurisprudence l'a considéré comme maintenu implicitement ; c'est une conséquence forcée de la possibilité des dispenses lorsque les juges ou parents sont du même avis. La loi du 20 avril 1810, loin d'abroger l'avis du Conseil d'État du 23 avril 1807, l'a implicitement confirmé.

D'ailleurs, le système actuel présente les plus graves inconvénients, quelle que soit l'issue du procès, et le seul moyen d'y remédier consisterait à supprimer les dispenses et la confusion des voix, en défendant absolument au gouvernement d'attacher au même tribunal des parents ou alliés à un degré rapproché. Prenons, en effet, les deux cas qui peuvent seuls se présenter.

Les juges ont siégé au nombre de trois et parmi eux se trouvent deux magistrats, parents ou alliés au degré prohibé, mais qui ont obtenu des dispenses. Ou bien ces deux juges ont voté dans le même sens; leurs voix se confondent et, comme elles ne comptent que pour une, il en résulte que le jugement sera rendu par deux juges seulement, c'est-à-dire par un nombre inférieur au minimum déterminé par la loi ; ce jugement sera donc nul et on n'est pas sûr de sortir de difficulté en appelant deux nouveaux juges (2). Si les deux parents ou alliés continuent à voter dans le même sens, nous aurons un nombre pair de voix, ce qui est peut-être permis dans ce cas puisque les juges ont néanmoins siégé en nombre impair, mais ce qui pourra produire un partage, nouvelle cause de difficultés. Ou bien les deux juges,

(1) Loi du 20 avril 1810, art. 63. « Les parents et alliés, jusqu'au degré d'oncle et de neveu inclusivement, ne pourront être simultanément membres d'un même tribunal ou d'une même cour, soit comme juges, soit comme officiers du ministère public ou même comme greffiers, sans une dispense de l'empereur. Il ne sera accordé aucune dispense pour les tribunaux composés de moins de huit juges. En cas d'alliance survenue depuis la nomination, celui qui l'a contractée ne pourra continuer ses fonctions sans obtenir une dispense. » Il est utile de rapprocher de ces dispositions l'art. 10 de la loi du 30 août 1883 ainsi conçu : « Ne pourra, à peine de nullité, être appelé à composer la cour ou le tribunal, tout magistrat titulaire ou suppléant dont l'un des avocats ou avoué représentant l'une des parties intéressées au procès sera parent ou allié jusqu'au troisième degré inclusivement. »

(2) On ne peut pas en faire venir un seulement, parce que la loi défend de juger en nombre pair.

parents ou alliés, ont voté dans un sens différent et alors la confusion des voix ne se produit pas. Mais aussi faut-il avoir soin de déclarer dans le jugement que ces deux juges, parents ou alliés, ont voté en sens contraire l'un de l'autre (1). La Cour de cassation, il est vrai, estime que cette mention ne viole pas le secret des délibérations; elle fait remarquer, en effet, que le jugement ne doit pas indiquer dans quel sens s'est prononcé chacun des juges parents; il suffit de relever qu'ils ont été d'avis différents (2). Mais la Cour de cassation a eu le tort de ne pas voir que si le secret n'est pas violé pour les deux juges parents ou alliés, il l'est pour le troisième juge : on sait qu'il a formé la majorité et, par conséquent, dans quel sens il s'est prononcé. C'est encore là un défaut de la loi actuelle.

Il va sans dire que les inconvénients peuvent être différents, mais encore plus graves, si on laisse siéger ensemble trois juges parents ou alliés au degré prohibé. S'ils sont tous trois du même avis, leur voix compte-t-elle pour une seule? Nous le croyons, non seulement pour le cas où les juges sont ensemble parents ou alliés, mais encore lorsque l'un d'eux seulement est parent ou allié des deux autres, car ce sera peut-être lui qui influera sur ses deux collègues. Exemple : Jacques, Henri et André sont conseillers à la même cour. André est fils de Henri et beau-frère de Jacques dont il a épousé la sœur. Dans ce cas Jacques et Henri sont étrangers l'un à l'autre mais la voix de Jacques se confond avec celle d'Henri. Faut-il dire que les deux voix de Jacques et de Henri n'ont rien d'incompatible entre elles et doivent compter pour deux? C'est ce que décida d'Aguesseau en 1744 après avoir consulté les parlements. Nous croyons cependant la solution contraire préférable, parce qu'il est possible qu'André ait exercé influence à la fois sur Henri son père et sur Jacques son beau-frère.

Pour que l'opinion de certains juges l'emporte sur celle des autres, il faut qu'elle obtienne la majorité absolue, c'est-à-dire au moins la moitié plus une des voix. Dans nos anciens parlements, une voix de majorité ne suffisait pas pour donner gain de cause à celui qui avait obtenu cette voix; il fallait au moins deux voix de majorité; s'il n'y en avait qu'une, on déclarait le partage. François I^er^, par une ordonnance de 1539 (art. 126), voulut qu'une seule voix suffît pour empêcher le partage, mais Henri III, par une déclaration de 1549. remit les choses dans l'ancien état qui fut maintenu jusqu'en 1789. C'est qu'en effet l'autorité attribuée à une voix de majorité diminue à mesure que le nombre des voix augmente: elle s'explique dans un tribunal de trois juges; elle est déjà moins forte dans un tribunal de cinq juges.

En cas de partage, en droit romain, le défendeur gagnait son procès : cependant, dans les procès relatifs à la dot, aux testaments, à la liberté, on préférait l'opinion favorable à la dot, à la validité du testament, à la liberté.

Notre ancienne législation a souvent varié sur ce point. Autrefois, dans les petites juridictions, on appelait à donner son avis un gradué présent à l'audience sans recommencer les plaidoiries. Ce système présentait un grave inconvénient : le gradué ne connaissait souvent l'affaire que d'une manière très

(1) Cass., 23 juin 1840, Voy. *Jur. gén.*, v° *Organisation judiciaire*, n° 248.
(2) Req., 21 novembre 1866, D. P. 67, 1, 120.

incomplète, car il n'avait pas été obligé d'écouter les plaidoiries et peut-être ne les avait-il suivies que d'une oreille très distraite. En cas de partage dans un présidial, celui-ci renvoyait l'affaire au président le plus voisin. Dans les baillages ou sénéchaussées qui avaient au moins deux chambres, le partage déclaré par une était vidé par l'autre ou bien on faisait monter au siège un avocat. Dans les parlements, chaque opinion du partage était représentée par des députés qui allaient exposer l'affaire soit à la grand'chambre, soit à l'assemblée des chambres et, s'il intervenait encore un partage, le procès était envoyé au parlement voisin où les députés se rendaient aux frais des plaideurs, afin de soutenir les différentes opinions qui s'étaient produites. Quelquefois, pour faire cesser le partage, on obligeait le dernier reçu à se retirer; parfois aussi on décidait de s'en rapporter à l'avis d'un ancien magistrat qui avait assisté à la délibération.

La loi des 16-24 août 1790 ne contenant aucune disposition sur le partage, les tribunaux de district restèrent libres de le vider à leur convenance comme les anciennes juridictions. La loi du 14 prairial an VI ordonna qu'en cas de partage l'affaire fût plaidée devant le même tribunal augmenté de deux juges de ce même tribunal. C'est qu'en effet à cette époque il n'y avait, par département, qu'un tribunal composé de vingt juges au moins. La loi du 27 ventôse an VIII en revint au système de celle des 16-24 août 1790 et établit un tribunal par district ou arrondissement, le plus souvent avec deux ou quatre juges, non compris le président, et alors, en cas de partage, il devint impossible d'appliquer la loi du 14 prairial an VI. Aussi, un avis du Conseil d'État du 17 germinal an IX en revint à un des anciens systèmes qui avaient été le plus fréquemment appliqués : on appela une personne présente à l'audience, juge suppléant, homme de loi, sans faire replaider l'affaire.

Le Code de procédure avait le choix entre tous ces systèmes. Au lieu de laisser la liberté aux tribunaux, il a voulu trancher lui-même la question : c'est ce qu'il a fait dans les articles 117 et 118. Il aurait pu donner voix prépondérante au président, comme l'a fait le Code civil pour le conseil de famille, mais il a estimé que c'eût été reconnaître une supériorité au juge de paix. Il n'eût pas été raisonnable non plus de dire, comme en matière criminelle, que le partage s'interprétera en faveur du défendeur, car il n'y a aucune raison au civil pour préférer un des plaideurs à l'autre.

Le système du Code de procédure se ramène à deux points : il règle d'abord d'une manière spéciale un cas particulier, celui où il s'est formé au moins deux majorités relatives ; puis il décide que si l'on ne se trouve pas dans ce cas et s'il n'y a pas non plus majorité absolue, c'est-à-dire au moins la moitié plus une des voix en faveur de l'un des plaideurs, il faut déclarer partage.

Aux termes de l'article 117 du Code de procédure, quand il se forme plus de deux opinions, les juges les plus faibles en nombre sont tenus de se réunir à une des deux opinions qui ont obtenu le plus de voix. Mais avant d'obliger les juges inférieurs en nombre à opter pour une des deux majorités relatives les plus fortes, on recueille une deuxième fois les voix, parce que les opinions motivées des derniers juges exprimant leur avis peuvent faire changer de décision ceux qui ont opiné les premiers. Si ce second vote ne

produit aucun changement, les juges inférieurs en nombre sont tenus de se rallier à l'une des deux opinions qui ont réuni le plus de voix. Cette disposition de l'article 117 suppose nécessairement que le tribunal se composait de cinq juges au moins et qu'il s'est formé plus de deux opinions. Si le tribunal ne comprend que trois juges, on obtient nécessairement ou unanimité ou la majorité absolue de deux voix contre une ou trois voix isolées; dans les deux premiers cas, celui qui a obtenu unanimité ou la majorité absolue gagne le procès; dans le troisième cas, il y a partage. Mais on n'est pas dans l'hypothèse de l'article 117 du Code de procédure. Celle-ci se réalisera dans le cas où, cinq juges ayant siégé, deux voix se sont prononcées en un sens, deux autres en un sens différent et une dernière en un troisième sens. Après un second tour de scrutin resté sans résultat, cette voix est obligée de se ranger à une des deux majorités relatives qui se trouve alors transformée en une majorité absolue. Les juges inférieurs en nombre n'ont pas, comme on l'a dit parfois à tort, le choix entre toutes les opinions qui ont été émises, mais seulement entre les deux qui ont réuni le plus de voix. Le texte de l'article 117 du Code de procédure est formel.

Lorsqu'on n'obtient ni la majorité absolue, ni même deux majorités relatives auxquelles devraient se joindre les voix inférieures en nombre, il y a partage. Ce résultat se produisait assez souvent autrefois alors qu'on permettait aux tribunaux d'arrondissement (et aussi aux cours d'appel) de siéger en nombre pair. On obtenait parfois deux voix contre deux autres ou trois voix contre trois. Aussi a-t-on demandé longtemps que les tribunaux fussent obligés de sièger en nombre impair : cette réforme a été réalisée pour les tribunaux d'arrondissement et pour les cours d'appel par la loi du 30 août 1883. Les partages sont depuis cette époque beaucoup plus rares; mais ils ne sont pas devenus impossibles et, pour le prouver, il suffit de supposer le cas où, le tribunal étant composé de trois juges, il s'est aussi formé trois opinions différentes.

Lorsqu'il y a partage, il doit être déclaré publiquement par jugement, mais il est inutile de motiver ce jugement. La déclaration qu'il y a partage suffit; il n'est pas nécessaire de dire quelles ont été les diverses opinions. Seulement, avant de déclarer le partage, il faut examiner avec attention s'il existe réellement. Les auteurs ont souvent varié pour le cas suivant : le demandeur réclamant 20000 francs, le premier juge estime qu'ils lui sont dus, le second n'admet la créance que jusqu'à concurrence de 10000 francs et le troisième estime qu'il n'est rien dû. On a dit qu'il n'y a pas partage en pareil cas et qu'il est jugé, à la majorité de deux voix contre une, que le demandeur est créancier de 10000 francs, car si le premier juge estime qu'il lui est dû 20000 francs, à plus forte raison admet-il qu'on doit lui en payer 10000. Ce raisonnement ne nous paraît pas satisfaisant. Il est sans doute jugé, à la majorité de deux voix contre une, que la créance existe et le troisième juge ne peut plus maintenir son opinion qui consistait à nier l'existence de la dette. Mais est-ce à dire qu'il soit obligé, comme l'ont prétendu d'autres auteurs, de se rallier à l'une des deux autres opinions? Nullement, car nous ne sommes pas dans le cas de l'article 117. Il a donc pleine liberté pour la fixation du montant de la créance et s'il n'admet ni la somme de 20000 francs

proposée par le premier juge, ni celle de 10000 francs préférée par le second juge, s'il se prononce par exemple pour celle de 5000 francs, il y aura partage. Mais, qu'on le remarque bien, dans ce cas le partage ne porte pas sur tout le litige : il est dès maintenant jugé que la créance existe et le partage se limite au montant de cette créance. A plus forte raison, le partage peut-il être partiel s'il y a plusieurs chefs de demande qui, au lieu d'être connexes entre eux, sont indépendants les uns des autres ; aussi ne saurait-on trop recommander aux juges de préciser le point sur lequel il y a partage.

Aux termes de l'article 118, en cas de partage on appelle d'abord un juge, à défaut un suppléant, à son défaut un avocat attaché au barreau, à son défaut un avoué. Tous sont appelés, à peine de nullité, suivant l'ordre du tableau. La loi ne veut pas qu'aucune des parties puisse soupçonner le président d'avoir choisi un départiteur dont il connaissait ou croyait connaître l'opinion. Le jugement doit donc, à peine de nullité, mentionner qu'on a suivi l'ordre du tableau. Toutefois, lorsqu'on appelle un avocat ou un avoué, il suffit que ce soit le plus ancien de ceux qui se trouvent à l'audience, les absents étant toujours présumés empêchés.

L'article 118 du Code de procédure a toutefois été, sur un point, modifié par la loi du 30 août 1883. On vient de constater qu'il n'autorise le tribunal à s'adjoindre qu'un seul départiteur. Mais la loi du 30 août 1883 exige, comme on le sait aussi, que le tribunal soit toujours composé d'un nombre impair de juges. Or, si l'on ajoutait un seul juge complémentaire aux trois ou cinq magistrats qui ont déjà siégé, on obtiendrait un total pair de juges pour vider le partage, quatre ou six, ce que défend la loi du 30 août 1883. Pour observer cette loi, il faut maintenant appeler deux départiteurs au lieu d'un (1).

Une fois les départiteurs montés au tribunal, l'article 118 du Code de procédure veut que l'affaire soit de nouveau plaidée comme l'exigeait déjà la loi du 14 prairial an VI ; autrement, les départiteurs jugeraient sans connaissance de cause. Toutefois, on peut se dispenser de nouveaux débats si les deux départiteurs sont des juges suppléants qui ont jusqu'alors siégé dans l'affaire avec voix consultative (loi du 20 avril 1810, art. 42).

On est encore loin de s'entendre pour déterminer les effets du partage. Il est admis sans difficulté qu'il peut se limiter, comme on l'a dit, à certains chefs et que les autres peuvent être jugés définitivement s'ils ont obtenu majorité absolue, pourvu que tous ces chefs soient indépendants les uns des autres. Mais, dans la mesure où le partage existe, quelle est la situation des départiteurs, des anciens juges et des plaideurs? Les uns font remarquer que, d'après les termes mêmes de la loi, les départiteurs ne sont appelés que pour vider le partage et de ce que leur mission se limite à ce point, on en conclut que les parties ne peuvent changer leurs prétentions ni leurs moyens ni demander de nouvelles mesures d'instruction ; on ajoute même parfois que les anciens juges sont liés par leur première opinion. D'autres observent avec plus de raison qu'en appelant les départiteurs à vider le partage, le

(1) Ma note sous D. P. 1884, 1, 17 ; note 1, sous D. P. 1885, 1, 236. Voy. aussi Dijon, 29 janvier 1900, D. P. 1900, 2, 323.

législateur n'a nullement songé à notre question et, dans le silence de la loi, il vaut mieux appliquer le droit commun avec toutes ses conséquences. Or les débats étant de nouveau ouverts, les parties doivent reprendre leur liberté jusqu'à la clôture. Elles peuvent donc modifier leurs conclusions. Ne serait-il pas étrange de les contraindre à persister dans des prétentions ou des moyens qu'elles estiment maintenant défectueux? De même, le juge ne devant jamais statuer que suivant son intime conviction, il faut bien lui permettre aussi de modifier son vote s'il change d'opinion. Tout ce qu'on peut admettre, c'est que le personnel du tribunal doit être composé de la même manière après partage comme avant, de sorte que si le roulement a fait sortir un ou plusieurs juges de la chambre, il faut les y rappeler, mais pour cette affaire seulement (1).

Une fois la majorité absolue obtenue, directement ou après partage, le tribunal doit avoir bien soin de prononcer son jugement au plus tôt ; autrement il pourrait survenir entre le vote et le prononcé à l'audience des événements qui remettraient tout en question. Tel serait le cas où un juge viendrait à décéder ou même à changer d'avis avant le prononcé à l'audience. Le jugement n'existe en effet et n'est acquis aux parties que par sa prononciation ; auparavant il ne constitue qu'un simple projet.

Le jugement est prononcé par le président ou par le juge qui a présidé en présence de tous les juges qui y ont pris part ; ils confirment ainsi la décision par leur présence. Mais bien que le ministère public appartienne au tribunal, cependant, comme son rôle est terminé dès qu'il a donné ses conclusions et comme il ne prend aucune part au délibéré, il n'est pas nécessaire qu'il soit à son siège au moment du prononcé du jugement (2).

Le jugement doit toujours, sous peine de nullité d'ordre public, être prononcé en audience publique (loi du 20 avril 1810, art. 7), même quand l'affaire a été jugée en chambre du conseil ou instruite par écrit, ou plaidée à huis clos. Il ne suffit même pas que le jugement ait été rendu publiquement, il faut encore qu'il contienne, toujours à peine de nullité, mention de l'accomplissement de cette formalité ; cette mention fait d'ailleurs foi jusqu'à inscription de faux.

Si le tribunal se trouve obligé, pour cause de réparation de la salle des audiences, de siéger en la chambre du conseil, on mentionne dans le jugement que les portes ont été ouvertes au public.

La publicité de l'audience et celle du jugement ne sont exigées que pour les affaires de juridiction contentieuse. En matière gracieuse et aussi en matière disciplinaire, tout se passe à huis clos et le jugement est rendu en chambre du conseil, à moins d'un texte de loi formel en sens contraire ; tel est l'article 358 du Code civil qui prescrit à la cour d'appel de prononcer en audience publique l'arrêt d'homologation d'une adoption. On s'est demandé, dans le silence de la loi, si le jugement d'autorisation d'une femme mariée doit être rendu à l'audience publique ou en chambre du conseil. La loi n'a songé qu'à la procédure (art. 862 C. pr.), laquelle a toujours lieu en

(1) Cpr. loi du 14 prairial an VI, art. 2.
(2) Req., 13 juillet 1873, D. P. 74, 1, 71 ; Dijon, 27 mars 1899, D. P. 99, 2, 396.

chambre du conseil, mais à raison même de son silence pour le jugement, il faut décider, comme nous l'avons vu plus haut, qu'il sera rendu en chambre du conseil, s'il autorise la femme à raison de l'incapacité ou de l'empêchement de son mari, ou en audience publique s'il l'autorise sur le refus de ce mari ; l'affaire est, en effet, dans le premier cas de juridiction gracieuse et dans le second cas de juridiction contentieuse (1).

### § 65. — Contenu du jugement.

A. *Généralités.* — Le jugement contient condamnation du défendeur au profit du demandeur, si celui-ci a prouvé son droit ; dans le cas contraire, il renvoie le défendeur de la demande. S'il y a des demandes reconventionnelles faites par le défendeur, la condamnation peut frapper même le demandeur qui devient en réalité défendeur, quant à ces demandes.

Chez les Romains, sous le système formulaire, la condamnation se ramenait nécessairement à une somme d'argent; aujourd'hui, au contraire, la condamnation fait en général obtenir directement l'objet du droit. Aussi la condamnation principale pouvant varier à l'infini, le Code de procédure n'en a pas parlé ; il s'est toutefois arrêté à un certain nombre de condamnations accessoires qui se rencontrent fort souvent dans la pratique. Lorsque le demandeur n'est pas bien certain d'obtenir le bénéfice de ses conclusions principales, il pose parfois des conclusions subsidiaires et alors le rejet des premières n'implique pas à lui seul renvoi du défendeur; il faut encore que le tribunal statue sur les secondes et il est possible que le demandeur triomphe maintenant. Rappelons seulement que si l'obligation du défendeur consiste dans un fait qui lui est essentiellement personnel, par exemple faire un portrait ou un buste, le tribunal ne peut condamner qu'à des dommages-intérêts. Aux termes de l'article 1142, toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur et cette règle signifie : 1° que le tribunal ne pourrait pas autoriser la contrainte par corps, ni aucun autre moyen de violence; 2° ni prononcer des condamnations pécuniaires excédant les dommages-intérêts légalement dus (art. 1149 C. civ.), pour forcer indirectement le débiteur à l'accomplissement de son obligation de faire ou de ne pas faire. Si l'obligation de faire est de nature à pouvoir être exécutée par un tiers ou sans l'intervention personnelle du débiteur, le créancier est autorisé à en demander l'exécution aux frais de ce dernier (art. 1144 C. civ.). Le tribunal ne peut aussi condamner qu'à des dommages-intérêts, quand il s'agit d'une obligation de ne pas faire, à moins qu'il ne soit possible de détruire ce qui a été fait en contravention, auquel cas le demandeur obtient du tribunal l'autorisation de détruire pour le compte du défendeur ce qui a été fait, sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu.

Rappelons aussi que les juges ne doivent statuer que sur les conclusions des parties ; ils ne peuvent pas en principe, prononcer des condamnations d'office. Par exception, ils ont le droit et même le devoir de statuer d'office,

(1) Civ. cass., 4 mai 1863, D. P. 63, 1, 186; Lyon, 1er décembre 1871, D. P. 72, 2, 120.

toutes les fois que l'ordre public est intéressé et, par exemple, s'ils se croient incompétents *ratione materiæ* (art. 170 C. pr.); dans le même cas, ils peuvent, d'office, suppléer à ce moyen de droit qui n'est pas opposé par les parties, même si ce moyen de droit a pour conséquence de faire rejeter leurs prétentions. Mais, dans les autres cas, ils ne peuvent prendre aucune mesure d'office, à moins qu'un texte formel de loi ne les y autorise (1). C'est ainsi que l'article 1036 du Code de procédure permet aux tribunaux, suivant la gravité des circonstances, de prononcer, même d'office, des injonctions, de supprimer des écrits, de les déclarer calomnieux, d'ordonner l'impression et l'affiche de leurs jugements. Ces condamnations peuvent être prononcées non seulement quand les mémoires ou écrits contiennent des calomnies contre la partie adverse ou contre les magistrats saisis de la cause, mais encore lorsque les calomnies sont dirigées contre d'autres autorités et par exemple en appel contre les jugements de première instance. Mais les juges ne peuvent prononcer ces condamnations de l'article 1036 qu'à l'occasion des affaires dont ils sont saisis. Si l'impression et l'affiche du jugement n'ont pas été ordonnées dans l'intérêt de l'un des plaideurs, c'est le ministère public qui doit veiller à l'exécution de cette partie du jugement. Voilà encore une application du numéro 2 de l'article 46 de la loi du 20 avril 1810. Aujourd'hui les tribunaux préfèrent plutôt l'insertion de ces jugements dans les journaux que leur affiche.

Les condamnations prononcées par application de l'article 1036 du Code de procédure ne peuvent donner lieu à appel qu'autant que la demande principale est elle-même susceptible d'appel ; c'est l'application du droit commun.

Nous allons, en suivant l'ordre du Code de procédure, étudier les dispositions accessoires qui se rencontrent le plus souvent dans les jugements. La loi s'occupe d'abord du terme de grâce.

B. *Délai de grâce* (art. 122 à 126 C. pr. ; art. 1244 C. civ.). — Le terme de grâce est une faveur que le tribunal peut accorder au débiteur malheureux et de bonne foi, même d'office, et qui le dispense d'acquitter une dette cependant échue et exigible. En principe, toutes les fois qu'une dette est échue, le débiteur est tenu de l'acquitter ; s'il ne paie pas spontanément et si le créancier possède un titre susceptible d'exécution forcée, ce créancier peut recourir à la saisie et à la vente judiciaire de tout ou partie des biens et droits du débiteur ; le créancier peut même exiger un paiement total et a le droit de refuser les offres d'un paiement partiel. Le terme de grâce a précisément pour objet de déroger à ces trois principes. Il porte ainsi une atteinte à la règle suivant laquelle la convention est la loi des parties et on le lui a parfois reproché en ajoutant même que le terme de grâce, tout en venant au secours du débiteur, est cependant dangereux pour lui et peut nuire à son crédit. A plus forte raison a-t-on critiqué la loi du 21 avril 1871, qui a permis à la justice de réduire certaines créances de loyers (2). Mais cette

(1) Par exemple, ils peuvent, d'office, nommer les experts (art. 305 C. pr.), ordonner la représentation des livres de commerce (art. 15 C. com.), ordonner une enquête par témoins (art. 254 C. pr.).

(2) Réduire le montant d'une créance c'est porter atteinte au droit de propriété. Voy.

dernière mesure tenait aux circonstances exceptionnelles qu'on venait de traverser et, quant au terme de grâce, s'il porte dérogation à la foi due aux contrats, il n'en est pas moins une mesure très équitable qui ne peut soulever aucune critique sérieuse si les tribunaux l'appliquent avec discrétion.

A la différence du terme de grâce, le terme de droit n'est qu'une clause du contrat et une application de l'accord intervenu ; le premier résulte d'une faveur du tribunal et le second de la volonté même des parties.

Le délai de droit est régi par la convention des parties, le terme de grâce par les articles 122 et suivants du Code de procédure et aussi par l'article 1244 du Code civil. Ce dernier article permet aux tribunaux d'accorder des délais de grâce de deux manières différentes : soit en reculant l'époque de l'exigibilité, soit même en accordant plusieurs délais successifs et en autorisant le débiteur à se libérer par fraction à l'époque de chacun de ces délais. Dans ce dernier cas, les juges dérogent à la règle suivant laquelle un créancier ne peut pas être contraint de recevoir un paiement partiel. On a autrefois prétendu que les juges n'avaient pas ce droit de fractionner la dette, mais cette opinion est aujourd'hui abandonnée. Après avoir posé le principe de l'indivisibilité du paiement, le législateur, dans l'article 1244, ajoute : « Les juges peuvent *néanmoins*... accorder des *délais* modérés », c'est-à-dire plusieurs délais et non pas un seul et, par cela même, aussi autoriser des paiements partiels. Il sera souvent autant de l'intérêt du créancier que de celui du débiteur que les paiements soient rendus plus faciles par la diminution du chiffre de chaque prestation ; si les juges n'avaient pas le pouvoir de fractionner les paiements, ils n'accorderaient qu'un seul terme pour la totalité de la dette, terme qui serait nécessairement le plus long de ceux qu'ils auraient fixé s'ils avaient pu autoriser des paiements partiels, et cela au préjudice du créancier. Il ne faut pas oublier non plus que l'article 1244 recommande aux juges de n'accorder un ou plusieurs termes de grâce, qu'en considération de la condition du débiteur et en usant de ce pouvoir avec une extrême réserve. Les abus ne sont donc pas à craindre. Mais à défaut de paiement du premier terme échu, le créancier peut, après avoir mis le débiteur en demeure, saisir-exécuter pour le tout (1).

Le délai de grâce appartenant au pouvoir discrétionnaire du juge, il résulte de là que s'il est demandé par un débiteur et refusé par le tribunal, le débiteur ne peut pas faire de ce refus un grief et un motif d'appel. La disposition qui accorde un délai de grâce doit être motivée comme les autres, à peine de nullité, non pas de tout le jugement, mais de la partie relative à ce délai.

Les tribunaux peuvent accorder des délais de grâce, non seulement lorsqu'ils sont demandés par le débiteur, mais même d'office ; cela résulte de l'article 123 du Code de procédure. Cet article nous apprend en effet que, même dans une affaire jugée par défaut, le juge peut accorder un délai de grâce au défendeur défaillant. Il n'est donc pas nécessaire que le défendeur ait réclamé ce bénéfice. Comment expliquer cette particularité ? Ne consacre-

aussi le décret sur les loyers de la commune de Paris, du 29 mars 1871 et Arnault, *Le droit, l'économie politique et l'insurrection du 18 mars*, p. 91.

(1) Voy. Aubry et Rau, 2e éd., t. IV, § 319, p. 163.

t-elle pas une dérogation à la règle suivant laquelle les juges ne doivent statuer que sur ce qui leur est demandé ? On a essayé d'écarter cette objection en disant qu'en accordant le terme de grâce, en réalité le tribunal réduit la demande du créancier, ce qui lui est toujours permis. Il vaut mieux à notre avis se placer à un autre point de vue. Le terme de grâce est un bénéfice d'ordre public : la société est intéressée à ce que les créanciers n'usent pas trop rigoureusement de leurs droits vis-à-vis des débiteurs. Le bénéfice du terme de grâce est un moyen qui permet à la justice d'adoucir la sévérité du droit strict et du moment qu'il tient à l'ordre public il est tout naturel que le tribunal puisse l'accorder d'office. Nous venons de voir, en effet, que le tribunal a le droit et le devoir d'appliquer les lois d'ordre public, même d'office.

Par la même raison, nous estimons que toute convention par laquelle le débiteur renoncerait à l'avance au droit de demander plus tard un terme de grâce est nulle comme contraire à l'ordre public. Il va sans dire d'abord qu'une pareille convention intervenue entre deux particuliers ne saurait porter atteinte au droit du tribunal; il est non moins certain qu'après avoir obtenu un terme de grâce, le débiteur peut y renoncer et payer sur-le-champ. Mais on a soutenu qu'il fallait respecter la convention par laquelle le débiteur renonce à l'avance au droit de demander plus tard un terme de grâce, sans remarquer que cette convention est contraire à une loi d'ordre public et que, si on la tolérait, elle deviendrait certainement de style dans tous les contrats (1).

Le terme de grâce commence à courir du jour même du jugement qui l'a accordé s'il est contradictoire et du jour de la signification de ce jugement s'il est par défaut (art. 123 C.). En cas d'appel, le délai est suspendu pendant l'instance d'appel et ne recommence à courir que du jour de l'arrêt confirmatif (arg. art. 457 C. pr.) (2). Il semble bien que la loi qui fixe le point de départ du terme de grâce est, contrairement à l'avis de certains auteurs, impérative, de sorte que le tribunal ne pourrait pas en indiquer un autre et par exemple décider que le terme de grâce n'aurait son point de départ que dans la signification à personne ou domicile, bien que cette décision ne fût autre chose qu'un retour au droit commun (3).

L'ordonnance d'avril 1676 portait que le terme de grâce ne pourrait pas dépasser trois mois (tit. VI, art. 1er) et parfois, encore aujourd'hui, certains textes spéciaux limitent la durée du terme de grâce (voy. par exemple la loi du 22 juillet 1867 sur la contrainte par corps, art. 17). Mais il n'y a aucune disposition générale de cette nature dans nos codes et, dès lors, aujourd'hui, les tribunaux jouissent d'un pouvoir discrétionnaire pour la fixation de la durée du terme de grâce.

Le principal effet du terme de grâce est de dispenser le débiteur de payer pour le moment. La dette cesse d'être exigible. Aussi, le créancier ne peut

(1) Voy. en ce sens, sur le moyen tiré de l'ordre public, Demolombe, t. II, n° 592; Laurent, t. XVII, n° 571 ; *contra* Aubry et Rau, t. IV, § 319, note 26, p. 64.

(2) Lyon, 9 avril 1859, S. 60, 2, 429; Paris, 31 décembre 1859, S. 60, 2, 429.

(3) Req., 5 janvier 1869, D. P. 71, 5, 110. Lorsque le tribunal, au lieu d'accorder un terme de grâce, enjoint d'accomplir un acte dans un certain délai, celui-ci court toujours de la signification du jugement.

plus commencer l'exécution et, s'il l'a commencée, il ne pourra la reprendre qu'autant que le débiteur ne paiera pas à l'expiration du terme de grâce (art. 1244 C. civ.). D'ailleurs, les actes de procédure déjà faits ne sont pas annulés ; ils restent debout et, si le débiteur ne paie pas, il n'y aura pas lieu de les recommencer ; le créancier reprendra la procédure au point où il en était resté. Il va sans dire, que, pendant le terme de grâce, on ne fait pas courir contre les créanciers les délais dans lesquels doivent être accomplis certains actes d'exécution. Par exemple, l'article 674 veut que le commandement qui précède la saisie immobilière soit périmé si le créancier ne saisit pas au bout de trente jours et avant le quatre-vingt-dixième jour. Mais ce délai restera suspendu si le débiteur a obtenu un terme de grâce depuis le commandement.

La loi ne défend, pendant le terme de grâce, que les actes d'exécution ; les actes conservatoires sont donc permis (art. 125 C. pr.), par exemple : prendre une inscription hypothécaire, intervenir et faire opposition au partage si une sucession échoit au débiteur, apposer des scellés, s'opposer à ce qu'ils soient levés hors de la présence du créancier, assigner les tiers détenteurs en reconnaissance d'hypothèque, pour empêcher la prescription, etc. (1).

D'un autre côté, si la dette cesse d'être exigible, elle n'en continue pas moins à être échue et ne devient pas une dette à terme ; d'où résultent les conséquences suivantes qui constituent autant de différences entre le terme de droit et le terme de grâce :

1° Si le débiteur qui a obtenu un terme de grâce paie volontairement et par erreur avant l'échéance de ce terme, le paiement est valable, précisément parce que la dette est échue et aussi parce que ce paiement prouve que le débiteur n'a plus besoin du bénéfice qui lui a été accordé. Il n'est pas sûr que le paiement fait par erreur par un débiteur qui a terme de droit soit valable ; certains auteurs l'autorisent à répéter, d'autres veulent que le créancier, tout en gardant ce qu'il a touché, tienne compte au débiteur de l'escompte, c'est-à-dire de l'intérêt du capital entre le jour où le paiement a été effectué et le jour de l'expiration du terme de droit.

2° Le terme de grâce n'est pas un obstacle à la compensation, précisément encore parce que la dette reste échue, tandis que le terme de droit empêche ce mode d'extinction des obligations de se réaliser (art. 1292 C. civ.). Le débiteur ne peut pas se plaindre, puisque la compensation lui donne le moyen d'acquitter sa dette sans bourse délier.

3° Le terme de grâce n'empêche pas les intérêts moratoires de courir, toujours, parce que la dette continue à être échue et non payée. Aucun texte n'autorise à dire que le terme de grâce arrêtera le cours des intérêts et il serait d'autant plus injuste de priver le créancier de ce bénéfice, qu'il éprouve déjà un préjudice par l'effet du délai de grâce.

4° Le terme de grâce ne met aucun obstacle à ce que le créancier, en vertu du jugement, prenne sur les immeubles de son débiteur une inscription de l'hypothèque judiciaire résultant du jugement qui a condamné le débiteur,

(1) Nous examinerons plus loin, en étudiant la saisie-arrêt, la question de savoir si elle peut rentrer parmi les actes conservatoires.

tout en lui accordant le terme de grâce, et cette hypothèque judiciaire produira effet du jour de son inscription. Au contraire, le créancier qui intente une demande en reconnaissance ou en vérification d'écritures d'une obligation sous seing privé avant l'exigibilité de la dette, ne peut pas, en vertu du jugement qu'il obtient, prendre inscription de l'hypothèque judiciaire tant que la dette n'est pas échue, à moins de convention contraire entre les parties et, s'il prenait inscription auparavant, l'hypothèque judiciaire ne daterait néanmoins que du jour de l'échéance (loi du 3 septembre 1807).

Les juges ne peuvent pas toujours accorder des termes de grâce ; la loi soumet ce bénéfice à trois conditions.

En premier lieu, il faut que le débiteur soit malheureux et de bonne foi, question de fait abandonnée à la souveraine appréciation des juges (art. 1244 C. civ.).

En second lieu, il faut qu'il n'ait pas encore été rendu jugement contre le débiteur. Celui-ci obtiendra donc un terme de grâce, si la créance n'était pas, avant l'instance, constatée par écrit ou si elle ne résultait que d'un acte sous seing privé, ou encore d'un acte authentique non revêtu de la formule exécutoire comme un procès-verbal de conciliation. L'article 122 du Code de procédure défend formellement au tribunal d'accorder un terme de grâce toutes les fois que le créancier est porteur d'un jugement, que cette demande d'un délai de grâce soit principale ou qu'elle se présente à l'occasion de difficultés concernant l'exécution du jugement (1). Le délai de grâce ne peut être accordé que par le jugement même qui statue sur la contestation. Une fois ce jugement rendu, le tribunal est dessaisi et le porteur de la grosse exécutoire du jugement n'a plus à craindre que les tribunaux apportent un retard à l'exécution. On a parfois expliqué la défense faite aux tribunaux d'accorder un terme de grâce par un second jugement, en disant que ce second jugement violerait l'autorité de la chose jugée par le premier. Cette explication ne peut d'abord pas s'appliquer au cas où dans la première instance le débiteur n'a pas demandé un terme de grâce. Mais, même en supposant qu'il ait réclamé ce bénéfice et que le tribunal le lui ait refusé, la chose jugée ne s'opposerait pas à ce que, par un second jugement, le débiteur obtînt un terme de grâce qui lui avait été précédemment refusé ; il suffit de supposer que les circonstances ont changé et que le débiteur soit devenu malheureux et de bonne foi lors du second jugement, alors qu'il ne l'était pas à l'époque du premier. Il faut donc chercher ailleurs l'explication de l'article 122 du Code de procédure. Le législateur a craint que, s'il permettait d'accorder des délais de grâce après un premier jugement, les magistrats ne fussent, comme dans l'ancienne France, l'objet de sollicitations sans fin. Dans notre ancien droit, même après le jugement sur le fond, des délais de grâce pouvaient être obtenus par lettres de chancellerie ; c'était là une source de fréquents abus ; ces lettres s'appelaient plus particulièrement lettres de répit, parce qu'elles faisaient respirer les débiteurs. On retomberait dans les abus de ces anciennes lettres si, après un jugement rendu, les tribunaux pouvaient encore accorder un délai de grâce.

(1) Il en serait de même si, au lieu d'un jugement, il avait été rendu une sentence arbitrale. Paris, 2 décembre 1871, D. P. 72, 2, 71.

Certains auteurs soutiennent que les tribunaux ne peuvent pas non plus accorder un terme de grâce, lorsque la créance est constatée par un acte notarié, lequel est revêtu de la formule exécutoire. Nous nous étonnons qu'une pareille solution compte encore des partisans, car elle n'invoque aucun argument sérieux et c'est avec raison que la jurisprudence la repousse depuis longtemps et ne défend aux tribunaux d'accorder un terme de grâce qu'au cas où la créance est constatée par un jugement. En vain dit-on que l'article 122 prévoit les deux cas, il suffit de le lire sans prévention pour reconnaître qu'il ne vise que le second. On se demande aussi comment, dans le cas où la créance résulte d'un acte notarié, les juges pourraient être saisis par le débiteur d'une demande en délai de grâce, puisque le créancier n'a pas besoin de s'adresser à la justice pour exécuter. On ajoute encore : les juges peuvent mettre une condition ou un terme à l'exécution d'une condamnation qu'ils prononcent, mais non à celle d'un acte exécutoire sans leur concours. Si les tribunaux pouvaient accorder des délais de grâce contre les actes notariés, n'empiéteraient-ils pas sur le pouvoir exécutif en défendant une exécution ordonnée par ce pouvoir exécutif au nom du peuple français ?

Ces derniers arguments ne sont pas meilleurs que les premiers. D'abord, il peut très bien arriver que, malgré la constatation de la créance par un acte notarié, un procès soit soulevé par le créancier ou par le débiteur, par exemple au sujet de la capacité des parties ou pour vice de forme ou de fond, et alors, puisqu'on se trouve en justice, rien ne s'oppose à ce que le débiteur demande un terme de grâce. Mais il y a plus : en supposant qu'il n'existe aucune contestation de ce genre, le débiteur peut, par action principale, demander un terme de grâce. La loi le reconnaît elle-même, d'abord dans l'article 2212 du Code civil, pour un cas tout spécial et où il s'agit d'un bail notarié, ensuite, et d'une manière générale, dans l'article 1244 du même code, où il est dit que le terme de grâce arrêtera l'exécution commencée et, par conséquent, en vertu d'un titre exécutoire. Or ces titres se ramènent à deux classes, les jugements et les actes notariés. L'article 1244 ne peut pas avoir eu en vue le cas d'exécution commencée en vertu d'un jugement, puisqu'il ne saurait être question de terme de grâce dès qu'il existe un jugement. Il n'a donc pu songer qu'au cas d'une exécution commencée en vertu d'un acte notarié ; d'où il résulte que cet acte n'est pas un obstacle à l'obtention d'un terme de grâce. Ne serait-il pas d'ailleurs contraire à l'équité de traiter le débiteur avec sévérité ou avec bienveillance, selon que le titre de la créance serait notarié, ou sous seing privé, ou même non écrit ? Soutenir, comme on le fait, que le pouvoir judiciaire empiéterait sur le pouvoir exécutif s'il pouvait accorder un terme de grâce contre un acte notarié, c'est faire une véritable pétition de principe, car il s'agit précisément de savoir si la loi a donné aux tribunaux le pouvoir d'accorder des délais de grâce dans tous les cas, et, si l'on admet l'affirmative, il ne peut plus être question d'empiétement du pouvoir judiciaire sur le pouvoir exécutif (1).

L'article 124 du Code de procédure énumère un certain nombre de cas

(1) Voy. en ce sens Paris, 2 août 1849, S. 49, 2, 527 ; Colmar, 29 juillet 1850, S. 51, 2, 272 ; Alger, 17 février 1864, S. 64, 2, 184.

dans lesquels il est défendu aux juges d'accorder un terme de grâce, et si ce terme a été précédemment accordé, le débiteur doit en être privé pour l'avenir, du moment qu'un des événements suivants se produit :

1° Si les biens du débiteur sont vendus à la requête d'autres créanciers. Dès qu'il y a distribution de deniers, il faut que tout créancier puisse venir y participer ; sinon, le délai lui nuirait sans profiter au débiteur. On pourrait induire des expressions de notre article, que la saisie faite par un autre créancier ne suffit pas pour empêcher le délai de grâce, tant qu'elle n'a pas été suivie de la vente. Cette solution doit cependant être repoussée, car la saisie n'est que le préliminaire de la vente et fait courir le même danger au créancier contre lequel un délai de grâce serait accordé ou serait maintenu.

2° Si le débiteur est en faillite. La faillite est l'état d'un commerçant qui a cessé ses paiements. Le plus souvent, mais non pas nécessairement, cette cessation de paiement résulte de son insolvabilité. La faillite rend exigibles les dettes qui ne l'étaient pas et, comme tous les créanciers vont être payés en dividendes, il serait injuste de moins bien traiter l'un que l'autre.

On a dit parfois que cette disposition de l'article 124 du Code de procédure est tout à fait inutile et n'a même aucun sens. En effet, le jugement déclaratif de faillite dessaisit le failli et le prive du droit d'ester en justice ; comment veut-on dès lors qu'il puisse demander un délai de grâce ?

Cette critique ne nous paraît pas fondée et notre disposition a un sens sérieux : elle signifie que le tribunal ne peut pas accorder au syndic, du chef du failli, des termes de grâce, soit d'office, soit à la demande de ces syndics.

On n'hésite plus aujourd'hui à étendre ce que la loi dit de la faillite à la déconfiture, bien que celle-ci ne soit pas mentionnée à côté de la faillite. Tel est bien l'esprit de la loi. Notre article 124 fait cesser le terme de grâce ou défend de l'accorder, lorsque les biens du débiteur sont vendus ou qu'il subit la contrainte par corps, parce que ces faits font présumer l'insolvabilité. A plus forte raison doit-il en être de même, lorsque l'insolvabilité n'est plus seulement probable, mais est certaine, par exemple parce qu'elle est prouvée par un procès-verbal de carence ou par une cession de biens. On admet très généralement aujourd'hui que la déconfiture fait aussi perdre le bénéfice du terme de droit, bien que l'article 1188 du Code civil parle seulement de la faillite. Pourquoi en serait-il autrement en cas de terme de grâce ? L'article 1913 du Code civil assimile la déconfiture à la faillite, quant au droit du crédit rentier d'une rente perpétuelle de demander le remboursement de la rente. Si cet article permet d'exiger le remboursement d'une rente que le créancier s'était interdit de demander en toute circonstance autre que la déconfiture ou la faillite, à plus forte raison ces mêmes faits, et notamment la déconfiture, rendent-ils le terme de grâce impossible. La déconfiture s'oppose donc, comme la faillite, à ce que le tribunal puisse accorder un terme de grâce au débiteur.

3° Si le débiteur est contumax. On appelle ainsi celui qui, étant sous le coup d'un arrêt de mise en accusation devant la cour d'assises, ne se soumet pas à l'ordonnance qui le somme de comparaître (cpr. art. 465 et 470 C. inst. crim.). L'administration des domaines se mettant en possession des

biens de ce contumax, il est évident que le délai de grâce ne lui procurerait pas des facilités pour se libérer.

4° Si le débiteur est constitué prisonnier. Il s'agit ici du débiteur soumis à la contrainte par corps, laquelle, comme on l'a dit, fait présumer son insolvabilité. Ce cas est d'une application très rare aujourd'hui, la contrainte par corps ayant été à peu près complètement supprimée par la loi du 22 juillet 1867. On a prétendu que cette disposition ne concerne pas seulement le prisonnier pour dette et s'applique aussi aux prisonniers pour infraction à la loi pénale. Mais c'est là une erreur, car l'emprisonnement pour délit ne crée pas une présomption d'insolvabilité.

5° Lorsque le débiteur a, par son fait, diminué les sûretés qu'il avait données à son créancier. Cette disposition suppose le concours de deux circonstances. D'une part, il faut un créancier qui a reçu une garantie spéciale, par exemple un gage sur un meuble ou une antichrèse sur un immeuble ; une diminution du gage général et imparfait, qui porte sur l'ensemble du patrimoine, ne suffirait pas, car ce gage général ne porte aucune atteinte au droit de libre disposition du débiteur. D'autre part, il est nécessaire que la diminution de ce gage spécial provienne du fait du débiteur ; si elle avait sa cause dans un cas fortuit, le débiteur pourrait demander un terme de grâce ou conserver le bénéfice de celui qu'il avait précédemment obtenu.

L'énumération de l'article 124 du Code de procédure n'est pas limitative et il y a encore un assez grand nombre d'autres lois qui défendent aux juges d'accorder des termes de grâce. Relevons seulement les principales de ces dispositions : 1° en matière de vente, lorsque le vendeur est en danger de perdre le prix (art. 1655 C. civ.); 2° lorsqu'il a été stipulé lors de la vente d'immeuble que faute du paiement du prix dans le terme convenu, la vente serait résolue de plein droit, et que l'acquéreur a été mis en demeure par une sommation (art. 1656 C. civ.); 3° lorsque le vendeur veut exercer le réméré, le terme stipulé par les parties ne peut être prolongé par le juge au moyen d'un délai de grâce au profit du vendeur (art. 1661 C. civ.); 4° lorsqu'un terme a été stipulé pour la restitution de la chose empruntée gratuitement, les juges ne peuvent pas accorder un délai de grâce à l'emprunteur (art. 1900 C. civ.); 5° en cas de saisie immobilière, une fois le jour de l'adjudication fixé par jugement, les juges ne peuvent plus accorder aucun délai, mais seulement reculer l'adjudication (art. 695 et 703 C. pr.) (1); 6° les juges ne peuvent pas non plus accorder aucun délai pour le paiement des lettres de change, billets à ordre ou autres effets de commerce (art. 157 et 187 C. com.); la régularité des opérations commerciales est à ce prix ; 7° la société du Crédit foncier de France consent aux particuliers des prêts à très longs termes à des conditions très avantageuses : moyennant le paiement annuel d'une somme relativement modique, représentant l'intérêt du capital

(1) Caen, 7 mars 1849, S. 50, 2, 412; Limoges, 7 juin 1851, S. 51, 2, 503. On a dit que cette exception est plus apparente que réelle et qu'il s'agit tout simplement de la règle qui interdit aux tribunaux d'accorder un terme de grâce après le jugement. Cette explication nous paraît fausse : lorsque la loi interdit le terme de grâce après jugement, elle a en vue le jugement qui statue sur le fond.

emprunté et une très légère portion de ce capital, l'emprunteur arrive à se libérer au moyen de ces annuités, sans être jamais tenu de payer en une seule fois un capital plus ou moins considérable. Pour que le Crédit foncier puisse se livrer à ces opérations, il faut que le paiement des annuités lui soit assuré avec une régularité parfaite; d'où l'interdiction faite aux tribunaux d'accorder des termes de grâce à ses débiteurs (loi du 10 juin 1853, art. 26).

On voit que les cas dans lesquels un débiteur est privé du terme de grâce sont assez nombreux. Pour le terme de droit, la loi est beaucoup moins rigoureuse et cela se conçoit, puisqu'il s'agit ici d'une véritable convention. L'article 1188 du Code civil ne déclare le débiteur déchu du terme de droit que dans deux circonstances : si le débiteur est en faillite, auquel cas on assimile celui de la déconfiture; lorsque par son fait il a diminué les sûretés spéciales qu'il avait données à son créancier, par exemple s'il a démoli la maison sur laquelle il avait constitué un droit d'antichrèse. Mais si la diminution de la sûreté spéciale provient d'un cas fortuit, par exemple d'un incendie, le débiteur conserve le bénéfice du terme de droit. Il faut toutefois relever une particularité pour le cas où le créancier est hypothécaire. Celui-ci a le droit de demander son remboursement et de priver le débiteur du bénéfice du terme de droit, même si les sûretés sont diminuées par cas fortuit. Cependant le débiteur, de son côté, peut éviter le remboursement en offrant un supplément d'hypothèque, lequel, par dérogation au droit commun, peut porter même sur les biens à venir (art. 2131 C. civ.). Il semble bien que si le débiteur se trouvait dans l'impossibilité d'offrir ce supplément d'hypothèque, il pourrait demander et obtenir un terme de grâce.

Une nouvelle constitution d'hypothèque ne saurait être considérée comme diminuant le droit d'hypothèque d'un créancier antérieur; si ce créancier a satisfait aux règles de la publicité, il n'a rien à redouter d'un créancier plus récent. Il faut en dire autant d'une constitution de servitude, car le créancier exerce son droit hypothécaire sur l'immeuble, sans tenir compte de cette charge réelle (1).

C. *Dommages-intérêts et restitutions de fruits* (art. 128 et 129, 523 à 526 C. pr.). Une condamnation accessoire très fréquente est celle qui porte sur des dommages-intérêts accordés au demandeur, indépendamment de ses conclusions principales. Il peut arriver, d'ailleurs, que la demande en dommages-intérêts, au lieu d'être l'accessoire d'une autre, soit elle-même principale et fasse l'objet exclusif du procès. Dans les deux cas, les principes du droit sont les mêmes : les dommages-intérêts sont la réparation d'un tort injustement causé à autrui ; ils ont leur cause dans la faute de celui qui en est tenu.

Les dommages-intérêts supposent toujours un fait injuste et imputable à celui qui l'a commis. Celui qui nuit à autrui en usant de son droit ne doit pas de dommages-intérêts, car il n'est coupable d'aucune injustice ; il faut en dire autant de celui qui n'a pas voulu le fait qui s'est produit.

La théorie de la loi relative aux dommages-intérêts est différente, suivant

(1) Mais l'aliénation d'un immeuble hypothéqué peut-elle être considérée comme une diminution des suretes données par le débiteur? Cpr. sur ce point Colmet de Santerre, *Obligations*, n° 111 *bis*, IV.

qu'elle s'applique entre deux personnes liées l'une à l'autre par un contrat ou entre deux personnes jusqu'alors sans rapports juridiques entre elles. Dans le premier cas, la faute est contractuelle et réglée par les articles 1146 à 1152 du Code civil. Dans le second cas, elle est dite délictuelle et fait l'objet de l'article 1382 du Code civil. Le débiteur d'une obligation contractuelle doit des dommages-intérêts toutes les fois qu'il n'exécute pas son obligation, ou qu'il est en retard de l'exécuter, ou qu'il commet une faute (art. 1146 et 1147 C. civ.). Pour que le débiteur soit tenu de dommages-intérêts à raison de l'inexécution ou du retard dans l'exécution, il faut qu'il ait été mis en demeure, à moins que la loi ou la convention ne déclare le débiteur en demeure par la seule échéance du terme (voy. art. 1139, 1202, 1278, 1279, 1657, 1881 C. civ.), ou qu'il ne s'agisse d'une obligation, dont l'exécution ne pouvait avoir lieu que dans un certain délai maintenant expiré. L'interpellation destinée à mettre le débiteur en demeure résulte, en général, d'une sommation extrajudiciaire ou de tout autre acte propre à constater le retard du débiteur. Avant la loi du 7 avril 1900, lorsque le débiteur devait une somme d'argent, le créancier était tenu de former une demande en justice pour faire courir les intérêts moratoires. Aujourd'hui, cette particularité a disparu, et une sommation suffit.

Il peut arriver que le débiteur doive des dommages-intérêts, en dehors du cas d'inexécution et de celui de retard dans l'exécution ; c'est ce qui a lieu lorsqu'il commet une faute. Le débiteur fait une faute, lorsqu'il n'apporte pas à l'exécution de son obligation tous les soins dont il est tenu. En général, le débiteur est tenu des soins d'un bon père de famille (voy. pour l'associé, art. 1850 C. civ. ; pour l'emprunteur, art. 1840 C. civ. ; pour le dépositaire, art. 1927 C. civ.) ; son obligation ne va jamais au delà, mais elle ne va pas toujours jusque là. C'est aux juges qu'il appartient de décider dans quels cas le débiteur est tenu moins sévèrement.

Lorsque deux personnes sont étrangères l'une à l'autre, c'est-à-dire ne sont pas liées l'une à l'autre par un contrat, des dommages-intérêts peuvent être dus, non seulement à raison d'une faute de commission, mais même pour une négligence (art. 1383 et 1384 C. civ.); il en était autrement en droit romain pour la négligence.

Il existe deux différences importantes entre la faute contractuelle et la faute délictuelle. On peut convenir qu'une personne ne répondra pas de la première ou qu'elle en sera tenue moins sévèrement que ne l'exige le droit commun, tandis que la clause par laquelle il serait établi qu'une personne ne répondrait pas de son délit civil (faute délictuelle), serait nulle comme contraire à une loi d'ordre public.

Bien que la faute ne se présume jamais, qu'elle soit contractuelle ou délictuelle, ce n'en est pas moins, en cas de contrat, à celui qui se prétend libéré sans avoir accompli son obligation à prouver qu'il est libéré par cas fortuit ou, en d'autres termes, qu'il n'a pas commis de faute, tandis qu'en cas de délit civil, c'est à celui qui se prétend créancier en vertu de ce délit à faire la preuve de son existence (1). Supposons, par exemple, l'incendie d'une

(1) La loi du 9 avril 1899 sur les accidents du travail, apporte une grave dérogation à

maison. Si le propriétaire impute cet incendie à une personne qui est étrangère à la maison, il devra prouver que cette personne a en effet mis le feu par sa faute ; le propriétaire impute-t-il l'incendie à un locataire, c'est alors à celui-ci à prouver qu'il n'est pas en faute et de la manière indiquée par l'article 1733 du Code civil.

Les jugements qui condamnent à des dommages-intérêts, qu'il s'agisse d'une faute contractuelle ou d'une faute délictuelle, doivent en contenir la liquidation ou ordonner que cette liquidation soit faite par état (art. 128 C. pr.). Il y a cependant des cas dans lesquels il ne saurait être question de liquidation. D'abord, lorsque le procès porte sur un corps certain, le tribunal ordonne la restitution de l'objet, sous peine de dommages-intérêts par chaque jour de retard (1), et autorise même le gagnant à procéder, *manu militari*, à l'exécution du jugement. Il n'y avait pas non plus lieu, avant la loi du 7 avril 1900, à liquidation, lorsque l'objet du procès était une somme d'argent, car la loi fixait les dommages-intérêts à l'intérêt légal (art. 1153 C. civ. et loi du 3 septembre 1807). La loi du 7 avril 1900, qui établit le taux de l'intérêt légal à 4 p. 100, admet cependant aujourd'hui que les juges pourront accorder des dommages-intérêts supplémentaires, lesquels seront nécessairement soumis à liquidation. De même, il ne saurait être question de liquidation, si les parties ont, par une clause pénale, fixé d'avance les dommages-intérêts ; la clause pénale n'est pas autre chose qu'une convention liquidant d'avance les dommages-intérêts.

Mais, sauf ces hypothèses, la demande en dommages-intérêts soulève toujours deux questions. Y a-t-il eu préjudice ? Quel est le montant du préjudice et, par conséquent, des dommages-intérêts? Notre article 128 du Code de procédure suppose la première question résolue affirmativement; alors reste la liquidation des dommages-intérêts. La loi veut que le tribunal accorde les dommages-intérêts et en prononce la liquidation dans un seul et même jugement, si le tribunal a les éléments de cette liquidation. S'il s'élève des difficultés au sujet du montant des dommages-intérêts, le tribunal peut, s'il le veut, attendre que ces difficultés soient levées pour statuer à la fois sur l'existence et sur le chiffre des dommages-intérêts ; il peut aussi rendre un premier jugement qui constate seulement le droit à des dommages-intérêts et ordonne qu'ils seront fixés par état. On s'engage alors dans une procédure incidente organisée par les articles 523 et 524 du Code de procédure. Le demandeur fait connaître, par acte d'avoué à avoué, le montant des dommages-intérêts qu'il réclame ; le défendeur répond par des offres faites dans la même forme. S'il n'est pas fait d'offres, ou si elles ne sont pas acceptées, l'affaire est portée à l'audience par un simple acte et le tribunal rend un second jugement qui liquide les dommages-intérêts. Mais il peut, auparavant, prescrire toutes les mesures d'instruction qu'il croit nécessaires.

Il semble que ce mode de procéder prête à la critique, puisqu'il exige deux

ce principe absolu de nos lois, en accordant aux ouvriers victimes d'accidents des dommages-intérêts, sans qu'ils aient à prouver la faute du patron.

(1) Ces condamnations ne sont pas purement comminatoires et le juge n'a le droit ni de les rapporter, ni de les modifier. Aubry et Rau, t. IV, § 299, p. 42 ; Laurent, t. XVI, p. 301 ; *contra* Montpellier, 1862, D. P. 62, 5, 112 ; Paris, 20 juin 1866, D. P. 95, 1, 38.

jugements au lieu d'un, ce qui augmente les frais. Le créancier peut avoir cependant quelquefois intérêt à obtenir de suite un jugement, sur le principe des dommages-intérêts, non pour se faire payer au moyen des voies d'exécution, car celles-ci ne sont pas ouvertes en général tant que la liquidation n'est pas faite, mais pour procéder à des actes conservatoires, par exemple pour prendre inscription de son hypothèque judiciaire (1). D'un autre côté, pour fixer les dommages-intérêts, peut-être est-il nécessaire d'avoir recours à des expertises, enquêtes, visites de lieux ou autres moyens de preuve qui occasionnent des frais considérables; tous ces frais seraient faits inutilement et retomberaient sur le demandeur, si les dommages-intérêts n'étaient pas admis ; l'intérêt du demandeur est donc de savoir alors avant tout si on lui reconnaît droit à ces dommages-intérêts.

Le tribunal, en statuant sur l'existence des dommages-intérêts sans les fixer, peut accorder pour le moment au demandeur une provision dans la mesure, par exemple, où les intérêts sont incontestablement dus, et, si le demandeur a besoin de cette somme, il lui est bien plus avantageux de l'obtenir de suite que d'être obligé d'attendre la liquidation des dommages-intérêts.

Il y a un certain nombre de cas dans lesquels la loi ordonne une restitution de fruits, et cette restitution peut être accessoire à une demande principale ou faire, elle-même, l'objet exclusif du procès; dans les deux cas, le système de la loi est le même. Ainsi, il y a lieu à restitution de fruits de la part du possesseur de mauvaise foi (art. 549 C. civ.). De même, les envoyés en possession provisoire doivent rendre à l'absent, qui reparaît avant quinze ans, le cinquième des revenus de ses biens; après quinze ans et avant vingt ans le dixième seulement. Dans ces cas et autres semblables, les fruits ne sont restitués que déduction des dépenses faites pour les percevoir; en d'autres termes, le compte des fruits doit exprimer leur valeur nette et non par leur valeur brute.

Tout jugement qui condamne à une restitution de fruits nécessite trois opérations : 1° il faut d'abord fixer la quantité de fruits recueillis et qui doivent être restitués. Le jugement qui ordonne la restitution n'en opère pas en principe la liquidation ; il ordonne de s'engager pour cette liquidation dans la procédure de reddition de compte (art. 526 C. pr.); mais cette procédure n'est pas prescrite à peine de nullité, et les juges pourraient, sans recourir à la procédure de reddition de compte, opérer cette liquidation par le jugement, s'ils en trouvaient les éléments dans les pièces du procès (2); 2° une fois connue la quantité des fruits à rendre, il faut déterminer la valeur de ces fruits; 3° ensuite on en déduit la dépense; c'est ce qui fait l'objet de la seconde et de la troisième opération (art. 129 C. pr.).

La loi distingue entre les fruits de la dernière année et ceux des années antérieures. On entend par dernière année celle qui a immédiatement précédé

(1) Dans la pratique, le créancier emploie souvent ce mode de procéder lorsqu'il n'est pas sûr de la solvabilité de son débiteur, et afin, tout en faisant reconnaître son droit, de ne pas faire l'avance des droits d'enregistrement du jugement qui sont fort élevés, en matière de condamnation à des dommages-intérêts notamment.

(2) Req., 23 février 1859, D. P. 59. 1. 386; req., 12 décembre 1882, D. P. 83, 1, 188.

la demande en justice. La loi présume que ces fruits sont encore dans les mains du défendeur; en présence de l'assignation, il a le devoir de ne pas s'en dessaisir; c'est pourquoi la loi veut que les fruits de la dernière année soient rendus en nature. Toutefois, il peut arriver que le défendeur ait déjà disposé des fruits de la dernière année avant la demande, et alors la restitution en nature devient impossible. Souvent même, le défendeur aura agi sagement en les vendant, parce que ces fruits n'étaient pas de nature à se conserver. Enfin, il a très bien pu ne pas se douter qu'un procès naîtrait plus tard, et la bonne foi se présume toujours. Aussi, en pareil cas, la loi admet que la restitution des fruits de la dernière année se fasse de la même manière que celle des fruits des années précédentes. Mais s'il a vendu les fruits de la dernière année, après l'assignation et pendant le procès, alors il faut donner une solution différente et distinguer. S'agit-il de fruits qui ne se conservent pas, le défendeur agit sagement en les aliénant, mais il est toujours plus prudent de sa part, pour éviter toute difficulté, de demander le consentement de son adversaire ou de se faire autoriser par justice. Aussi restituera-t-il ces fruits en équivalents et de la même manière que ceux des années antérieures à la dernière année. S'il a vendu des fruits qui pouvaient se conserver, comme du blé, sans autorisation de son adversaire ou de justice, il est alors en faute et doit payer le prix le plus élevé des fruits de cette année.

Le législateur n'a pas parlé des fruits postérieurs à la dernière année et perçus pendant le procès, mais il résulte bien de ce qui précède que le défendeur doit les garder, à moins qu'ils ne soient pas susceptibles de conservation, auquel cas il peut les vendre avec autorisation de justice; s'il les aliène dans un autre cas et sans autorisation de justice, il commet une faute, et comme on présume naturellement qu'il a voulu réaliser un bénéfice important, on le condamne à restituer ses fruits en équivalents, d'après la plus haute valeur de l'année.

Restent les fruits antérieurs à la dernière année. Aux termes de notre article, on en détermine la valeur suivant les mercuriales du marché le plus voisin, eu égard aux saisons et aux prix communs de l'année, sinon, à défaut de mercuriale, à dire d'experts. Le prix moyen d'un jour de marché est la moitié de la somme que produit l'addition du prix le plus bas avec le prix le plus élevé de ce marché. Une fois le prix moyen établi pour chaque marché par les mercuriales, on recherche le prix moyen général de chaque année et on l'obtient en prenant le prix moyen du premier marché de chacun des quatre trimestres, en additionnant ces quatre prix et en divisant le total par quatre : le quotient donne le prix moyen de l'année.

Si le possesseur avait conservé les fruits des années antérieures, il ne serait pas admis, comme on l'a dit parfois à tort, à les restituer en nature sous prétexte que la restitution en argent repose seulement sur une présomption d'aliénation qui peut tomber devant la preuve contraire. Cette opinion a le tort de mettre toutes les chances du côté du défendeur, qui ne manquerait jamais de restituer en nature ou en argent, suivant que la moyenne de l'année qu'il s'agit de restituer serait supérieure ou inférieure à la valeur actuelle des fruits.

Si au lieu de fruits naturels ou industriels il s'agissait de fruits civils, alors

toutes ces difficultés sur l'évaluation des fruits ne se présenteraient pas. Le défendeur devrait restituer le montant des loyers ou des fermages, suivant le bail (sauf pour le demandeur le droit de contester ce bail). De même pour les arrérages des rentes et les intérêts des capitaux; ils devraient être restitués d'après les lettres de créance ou de rente.

*D. Des dépens* (art. 130 à 134 C. pr). — La procédure se complique et ses actes se multiplient à mesure que la chicane imagine et pratique des fraudes nouvelles pour échapper au droit; mais aussi plus les formes sont nombreuses et compliquées, plus elles nécessitent de frais. D'un autre côté, trop souvent le législateur grève les actes de procédure d'impôts parfois élevés sous prétexte qu'il faut frapper la richesse sous quelque forme qu'elle se manifeste et oubliant que la richesse qui apparaît dans un procès est souvent fort incertaine. Les frais et droits de justice sont parfois si élevés et prennent dans le cours de l'instance engagée devant le juge une si grande importance, qu'une partie interjette appel moins en vue du fond du litige que dans l'espoir, dans le cas où elle l'emporterait, de ne pas supporter les frais.

Par cela même que les frais sont souvent un lourd fardeau, il est en général naturel de les mettre à la charge de celui qui succombe; nous verrons cependant qu'il y a certains cas où cette condamnation aux frais ne peut pas se justifier de cette manière.

Dans l'ancienne procédure romaine on ne connaissait pas les frais; mais plus tard, quand furent établies des formes plus compliquées, les frais de procédure apparurent. Dès le temps de Julien, les plaideurs doivent des *sportulæ* aux huissiers, greffiers et autres gens de justice (1). De même, en France, au moyen âge, on ne connaissait pas le principe de la condamnation aux frais, mais il était dû fort souvent des amendes, par celui qui succombait. A la différence des cours laïques, les justices ecclésiastiques, qui s'inspiraient souvent du droit romain, appliquaient le principe de la condamnation aux frais et, bientôt, les cours laïques adoptèrent certaines pratiques des cours d'Église, entre autres le principe de la condamnation aux frais, qui fut ensuite également consacré par un certain nombre d'ordonnances, notamment par l'ordonnance de 1324 de Charles le Bel (2). L'ordonnance générale de la procédure de 1667 décidait (tit. XXXI, art. 1) que le remboursement des dépens était de droit, même lorsqu'ils n'avaient pas été adjugés par le jugement; ils devaient être payés par le perdant.

Le Code de procédure a reproduit le principe du paiement des dépens par le perdant, mais sans aller aussi loin que l'ordonnance de 1667 : il exige qu'une condamnation aux dépens ait été prononcée. En outre, on comprenait autrefois dans les frais de justice les épices qui étaient dues aux juges et qui étaient parfois assez élevées, notamment au profit des magistrats rapporteurs. Ces épices ont été supprimées et c'est ce qu'on exprime en disant qu'en France la justice est gratuite, formule qui, autrement interprétée, serait singulièrement inexacte.

(1) Voy. à cet égard Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2e éd., p. 1042 et 1044, note 2.

(2) Sur les frais dans les justices d'Église, voy. Paul Fournier, *Histoire des officialités*, p. 230.

Les dépens comprennent d'abord différents impôts établis sur les actes judiciaires. Parmi ces impôts, on relevait, jusqu'à la loi du 26 janvier 1892, les droits de greffe perçus par le fisc, tels que ceux de mise au rôle, de rédaction, de transcription, d'expédition. Ces droits ont été supprimés par la loi du 26 janvier 1892 (art. 4) dans les tribunaux d'arrondissement, dans les tribunaux de commerce, dans les justices de paix, dans les cours d'appel. On ne les a maintenus qu'au Conseil d'État, à la Cour de cassation et à la Cour des comptes.

Le second impôt qui pèse sur les actes de procédure et les jugements est celui du timbre. Avant la loi du 26 janvier 1892, tous les actes de procédure des huissiers et avoués et les expéditions du greffe étaient soumis au timbre. Cette loi, dans son article 5, a supprimé ce droit de timbre pour les actes d'avoué à avoué de première instance ou d'appel, ainsi que pour les exploits de signification de ces mêmes actes (1).

Enfin, tous les actes de procédure et de jugements sont soumis à l'enregistrement (loi du 22 frimaire an VII), sauf encore exception et depuis la loi du 26 janvier 1892 (art. 5) pour les actes d'avoué à avoué et pour les exploits de signification de ces mêmes actes.

La loi exige que tout acte présenté en justice soit soumis à l'enregistrement, même s'il eût échappé à ce droit dans le cas où il n'y aurait pas eu contestation (loi du 22 frimaire an VII, art. 47 et loi du 23 août 1871, art. 16) (2). Les conventions verbales échappant à l'enregistrement, on a autrefois souvent simulé en justice qu'une convention était de cette nature, alors qu'en réalité elle était écrite. Pour éviter ces fraudes et, d'une manière plus générale, pour empêcher de soustraire à l'enregistrement des actes sous seing privé, la loi du 23 août 1871 sur l'enregistrement et sur le timbre a cru nécessaire de rappeler le principe de l'enregistrement obligatoire de tout acte produit en justice et elle ajoute même à la loi antérieure que le ministère public devra prendre des réquisitions et ordonner le dépôt au greffe des actes non enregistrés produits devant le tribunal, pour qu'il soit procédé à leur enregistrement. La loi du 22 frimaire an VII décide, il est vrai (art. 4), que les juges, s'ils rendent des jugements sur des actes non enregistrés, sont personnellement responsables des droits. Mais cette disposition n'a jamais été observée et, avant la loi de 1871 et même depuis lors, il est souvent donné lecture, à l'audience, de contrats écrits que le jugement désigne complaisamment sous le nom de conventions verbales.

Ces droits d'enregistrement sont parfois beaucoup trop lourds; il peut être utile d'exiger l'enregistrement des actes d'huissier et d'avoué pour empêcher certaines fraudes, mais ce n'est pas une raison pour que l'État en tire un profit exagéré. En outre, le fisc se permet souvent des abus regrettables. La

(1) Cette loi n'a pas atteint son but : elle a sans doute dégrevé certains actes des droits de timbre et d'enregistrement, mais elle a augmenté dans de telles proportions les droits d'enregistrement proportionnels à percevoir sur les jugements de condamnation, qu'en réalité elle a augmenté les frais plutôt qu'elle ne les a diminués.

(2) L'avertissement que donnait autrefois le juge de paix pour comparaître en conciliation devant lui est aujourd'hui soumis au droit de timbre (loi du 23 août 1871, art. 21). Cet avertissement doit être fait sur papier timbré de 60 centimes.

loi du 22 frimaire an VII (art. 68) impose sur les exploits autant de droits qu'il existe de demandeurs et de défendeurs ayant des intérêts distincts, et l'administration de l'enregistrement interprète cette disposition en multipliant le nombre des demandeurs par celui des défendeurs, comme si chaque demandeur agissait séparément vis-à-vis de chaque défendeur, de sorte que s'il y a dix demandeurs contre dix défendeurs, le droit est perçu cent fois (1).

Les dépens comprennent, outre les impôts précités, les émoluments des officiers ministériels, avoués, huissiers, greffiers, etc. Ces émoluments sont déterminés par trois décrets de 1807 dont le principal est connu sous le nom de tarif civil. La loi établit trois tarifs différents : le tarif supérieur pour Paris, Lyon, Bordeaux, Rouen, Marseille, Lille, Nantes et Toulouse ; le tarif intermédiaire, qui s'obtient en réduisant le tarif supérieur d'un dixième pour les chefs-lieux de cour d'appel non compris dans la première classe, pour les tribunaux d'arrondissement et justices de paix de ces mêmes chefs-lieux de cours ou des villes dont la population dépasse 30000 âmes; pour tous les autres tribunaux ou justices de paix, le tarif inférieur, qui s'obtient en réduisant d'un quart le tarif supérieur.

Les auteurs du tarif civil se sont bornés à reproduire la pratique de l'ancien Châtelet de Paris, sauf quelques modifications commandées par le nouvel ordre de choses. Le décret de 1807 distingue, au point de vue du tarif, les affaires en sommaires ou ordinaires. Dans les premières, les avoués ne peuvent prétendre qu'à un droit d'obtention de jugement et à quelques accessoires que nous avons fait connaître à propos des affaires sommaires (2). Le droit d'obtention de jugement consiste dans une somme fixe, mais qui varie suivant l'importance de l'affaire et selon que le jugement est contradictoire ou par défaut. Aussi, la liquidation des dépenses en cette matière est si simple qu'elle est faite par le jugement même qui admet les dépenses (3), tandis qu'en matière ordinaire la liquidation est confiée à un des juges qui ont connu de l'affaire (art. 543 et 544 C. pr. et décret du 16 février 1807).

Le décret de 1807 divise les actes de procédure en certaines catégories d'après leur importance; chacun de ces actes et, dans chaque acte, chaque page d'écriture exige un émolument particulier. L'avoué n'obtient d'émoluments pour les actes de son ministère qu'autant que ces actes sont compris au tarif. Tout acte que le tarif ne permet pas est rejeté de la taxe, quelle que soit son utilité ou son importance. Mais, réciproquement, du moment qu'un

(1) Au contraire, on ne perçoit qu'un droit pour les différents copropriétaires, cohéritiers, coïntéressés, codébiteurs solidaires, coassociés, séquestres, témoins ou experts (loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 1, n° 30). Ajoutons que la loi du 20 avril 1893, art. 23, a également exempté de la régie de la pluralité des droits, les exploits relatifs aux procédures de délaissement, de purge, de saisie immobilière, d'ordre ou de contribution.

(2) Rappelons qu'il est admis par l'usage d'accorder à l'avoué un émolument pour la rédaction du placet et des conclusions par simple acte, sans préjudice des débours qui sont dus pour la signification de l'avenir et de ses conclusions.

(3) Cette liquidation n'est pas prescrite à peine de nullité : req., 29 mai 1894, D. P. 94, 1, 155, mais la partie qui a omis de faire faire cette liquidation par le juge devrait payer les frais de la taxe et l'ordonnance de taxe.

acte est conforme au tarif, il entre en taxe, même s'il n'était pas fort utile. De là résulte cette conséquence : on fait entrer en taxe les actes matériels, mais, dans la taxe, on ne tient pas compte des soins particuliers que l'affaire a réclamés, de sa difficulté, sauf à donner des honoraires. Cependant, en pratique, les tribunaux tiennent compte de ces circonstances et surtout de l'importance pécuniaire du litige pour admettre en taxe un nombre d'autant plus élevé de rôles des conclusions grossoyées que l'intérêt du procès est plus considérable (1).

Il va sans dire que l'avoué se fait aussi restituer toutes ses avances, notamment ce qu'il a payé à d'autres officiers ministériels, au fisc, aux experts, etc. L'avoué dresse à cet effet ce qu'on appelle un état de frais.

Il faut encore comprendre dans les frais et dépens le droit de plaidoirie de l'avocat qui est fixé par le tarif supérieur à la somme de quinze francs. En pratique, à Paris, l'avoué l'inscrit dans son état de frais et le perçoit, mais il le garde pour lui au lieu de le remettre à l'avocat.

Enfin, on doit aussi comprendre dans les frais la dépense du voyage du gagnant (décret du 16 février 1807, art. 106), mais la loi ne permet de mettre en taxe que les frais d'un seul voyage, et encore ces frais ne peuvent-ils jamais être dus aux avoués en matière sommaire (2).

C'est lorsque le procès est terminé que les avoués dressent les états de leurs émoluments et de leurs déboursés pour en réclamer le paiement aux parties. En général, un officier ministériel se fait payer les frais et ses émoluments par son propre client dont il est le mandataire ; mais, en outre, l'avoué du gagnant peut aussi demander paiement au perdant, soit au nom de son client, soit pour lui-même s'il a obtenu du tribunal un certain bénéfice connu sous le nom de « distraction des dépens ». Une procédure nouvelle vient d'être organisée, à cet effet, par la loi du 24 décembre 1897 qui s'est en même temps occupée des actes notariés, lesquels n'étaient pas auparavant, pour la plupart du moins, soumis à une taxe légale.

Les notaires, avoués, huissiers, ne peuvent poursuivre le paiement de leurs frais et émoluments qu'après avoir obtenu la taxe. Tout notaire doit demander cette taxe au président du tribunal de sa résidence qui peut commettre un juge à sa place.

Ce magistrat règle les frais d'après le tarif (3).

Pour les avoués et les huissiers, la taxe est réglée par le président du tribunal ou par le premier président de la cour où les frais ont été faits, ou enfin par le magistrat que ces présidents peuvent commettre; mais si les frais sont relatifs à une instance, il faut, à moins d'empêchement, que la taxe soit faite par un des juges de cette instance. Le notaire, l'avoué, l'huissier signifient ensuite à la partie débitrice, par acte d'avoué à avoué s'il y a avoué constitué, ou dans le cas contraire par exploit d'huissier signifié à personne

(1) Orléans, 5 août 1898, D. P. 1900, 2, 95; Nancy, 11 novembre 1899, D. P. 1900, 2, 1. Mais les avoués ne peuvent jamais rien prétendre pour les placets ou réquisitions d'audience.

(2) Civ. rej., 14 décembre 1887, D. P. 89. 1, 150.

(3) Il n'existait aucun tarif légal pour les notaires; cette lacune a été comblée par le décret du 25 mai 1898 qui a établi un tarif uniforme et définitif.

ou domicile, l'état des frais taxés et l'ordonnance du magistrat. Cette signification contient en outre, à peine de nullité : 1° constitution d'avoué par le requérant; 2° déclaration que cette ordonnance deviendra irrévocable si elle n'est pas frappée d'opposition dans la quinzaine. Le droit d'opposition appartient aussi bien au débiteur qu'à l'officier ministériel, et la signification que celui-ci a pratiquée fait courir le délai de quinzaine, même contre lui. L'opposition a lieu par acte d'avoué à avoué, ou, si la partie n'en a pas encore constitué, par ajournement. Elle est portée au tribunal où les frais ont été faits, lequel instruit l'affaire en chambre du conseil et y entend le ministère public ; le jugement est rendu en audience publique.

Cette loi, comme on le voit, ne porte pas atteinte à la règle de compétence établie par l'article 60 du Code de procédure, mais elle exclut la voie ordinaire de l'action en justice et ne laisse aux notaires, avoués et huissiers, que la voie de la taxe faite par le président ; cette loi ne s'applique pas si c'est le créancier lui-même qui fait présenter à la taxe l'état des frais et, dans ce cas, l'opposition à taxe doit être faite par le débiteur dans les formes et termes du droit commun (1).

Nous avons parlé jusqu'à présent des créances qui font certainement partie des dépens. En sens contraire, il est non moins certain qu'on doit exclure des dépens les frais frustratoires faits par le gagnant, les honoraires de l'avocat du gagnant, ceux de l'avoué du gagnant pour les soins particuliers qu'il a pu apporter à l'affaire, les frais des consultations ou mémoires que le gagnant a pu produire, les frais de voyage autres que ceux de l'article 146 du tarif civil, etc. (2). Tous ces frais, appelés faux frais, étant exclus des dépens, chacun paie ceux qu'il a faits, même le gagnant, tandis que tous les dépens, même ceux du gagnant, sont mis à la charge du perdant. On peut toutefois convenir que tous ces faux frais seront à la charge du perdant; cette convention est parfaitement licite. D'un autre côté, dans certains cas, lorsque le perdant est convaincu de mauvaise foi, le tribunal peut, à la demande du gagnant, mettre tous les faux frais à la charge du perdant, à titre de dommages-intérêts pour réparation de tout ou partie du préjudice qu'il a injustement causé ; ce n'est qu'une application de l'article 1382 du Code civil (3).

Nous venons de voir ce que les dépens comprennent et ce qui doit en être exclu d'après les solutions unanimes de la doctrine et de la jurisprudence. Il nous faut maintenant parcourir un certain nombre de cas qui donnent lieu à controverse.

On a vu précédemment que tout acte produit en justice doit supporter les frais d'enregistrement. Mais ces frais sont-ils compris dans les dépens ou en sont-ils exclus? Il n'y a aucune difficulté si les parties sont convenues, dans le contrat même qui donne lieu au procès ou par acte postérieur, que

(1) Trib. civ. de Lyon, 2 décembre 1898, D. P. 99, 2, 109.

(2) Dans notre ancien droit, l'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539 (art. 88 et 89) autorisait la partie gagnante à se faire indemniser même de ces dépenses. Le Code de procédure ne renferme aucune disposition analogue et le tarif de 1807, n'autorisant le gagnant à ne faire comprendre dans le texte qu'un seul voyage, refuse, par cela même, droit à indemnité pour toute autre dépense analogue.

(3) Req., 29 novembre 1890, D. P. 92, 1. 10.

ces droits d'enregistrement des actes produits en justice seront de plein droit à la charge du perdant; cette convention est licite, et si elle est invoquée devant les juges, ceux-ci doivent en tenir compte (1). La jurisprudence décide toutefois que cette convention n'est pas valable si les frais d'enregistrement sont obligatoires, mais elle la respecte s'ils sont facultatifs. La raison de cette distinction est contestable, puisqu'en aucun cas les droits du fisc ne sont compromis.

Le désaccord est plus grand s'il n'est intervenu aucune convention. Certains auteurs décident que ces droits d'enregistrement sur les actes produits ne sont pas des frais de justice, puisqu'ils sont dus même en dehors de toute contestation : ils en concluent qu'on ne peut pas les mettre avec les dépens à la charge du perdant, et que chacun doit supporter définitivement les droits d'enregistrement des actes dont il s'est servi. Cet impôt est une charge de la preuve de sa prétention. D'autres préfèrent une distinction. S'il s'agit d'un acte pour lequel l'enregistrement est obligatoire, celui qui a produit cet acte doit toujours supporter l'impôt, par la raison qu'il aurait été tenu de le payer, même en l'absence de toute contestation; s'il s'agit d'un acte pour lequel l'enregistrement reste facultatif et ne devient obligatoire qu'en cas de production en justice, alors c'est bien le procès qui a obligé la partie à payer l'impôt, et il est tout naturel de comprendre cet impôt dans les dépens pour que le perdant en tienne le gagnant indemne (2). Ainsi, les dépens ne comprendront pas les droits de mutation ou ceux qui sont établis sur les baux; il serait injuste que le gagnant profitât du procès pour laisser à la charge de son adversaire les frais d'enregistrement d'un acte que la loi lui ordonne de faire enregistrer. Au contraire, les frais d'enregistrement d'une facture ou d'un don manuel devraient être mis dans les dépens, car, sans le procès, celui qui a produit cette pièce n'aurait pas été tenu du droit d'enregistrement (3).

D'après une jurisprudence qui paraît l'emporter, ces droits d'enregistrement, qui n'auraient pas été payés sans le procès, ne font pas de plein droit partie des dépens et ne peuvent pas être mis à la charge du perdant en vertu de l'article 130 du Code de procédure. Mais s'il est tenu de dommages-intérêts, on peut les lui imposer à ce titre, par application de l'article 1382 du Code civil (4); seulement, dans ce cas, il faut, sur ce point, une disposition spéciale du jugement, distincte de celle qui condamne aux dépens.

On s'est aussi demandé si les frais d'expédition et de signification du jugement sont compris dans les dépens et doivent être payés par le perdant. Les

(1) Civ. rej., 17 décembre 1872, D. P. 73, 1, 154; Paris, 17 mars 1883, D. P. 84, 2, 69.

(2) Civ. rej., 13 février 1872, D. P. 78, 1, 154; req., 23 juillet 1879, D. P. 79, 1, 480; civ. rej., 30 avril 1895, D. P. 95, 1, 405.

(3) Le procès est la cause génératrice de l'impôt. Paris, 19 juillet 1900, D. P. 1900, 2, 473.

(4) Civ. cass., 23 juillet 1879, D. P. 79, 1, 480; civ. cass., 11 janvier 1882, D. P. 82, 1, 313; Bourges, 18 novembre 1890, D. P. 92, 2, 21; civ. cass., 23 novembre 1892, D. P. 93, 1, 201; Alger, 6 février 1894, D. P. 94, 2, 531; civ. cass., 30 avril 1895, D. P. 95, 1, 415; civ. cass., 11 novembre 1895, D. P. 96, 1, 47; civ. cass., 25 mai 1897, D. P. 98, 1, 137; civ. cass., 23 novembre 1897, D. P, 98, 1, 321; civ. cass., 17 janvier 1898, D. P. 98, 1, 79; Chambéry, 11 mai 1896, D. P. 98, 2, 336; civ. cass., 7 juillet 1898, D. P. 99, 1, 107; civ. rej., 14 février 1898, D. P. 1900, 1, 73.

uns veulent qu'ils soient à la charge de celui qui profite du jugement; d'autres disent avec plus de raison que, quoique postérieurs au procès, ils doivent cependant être payés par le perdant, parce qu'ils en sont la suite nécessaire.

La même difficulté s'élève au sujet des droits d'enregistrement du jugement et soulève la même controverse. D'après la jurisprudence de la Cour de cassation, la condamnation aux dépens, prononcée dans les termes généraux de l'article 130 du Code de procédure, comprend les droits d'enregistrement à percevoir sur les chefs de dispositions ou de condamnations que le jugement lui-même prononce envers la partie perdante (1). Ainsi cette condamnation comprend notamment le droit proportionnel perçu, en vertu de la loi du 29 ventôse an IX, art. 12, sur le jugement qui prononce contre l'acquéreur, resté en possession, la résolution d'une vente d'immeubles pour défaut de paiement du prix. En effet, la perception de ces droits est la suite immédiate et nécessaire de la condamnation rendue contre l'acquéreur par le chef du jugement qui, en déclarant la vente résolue, reconnaît au vendeur le droit de reprendre la propriété et la possession de sa chose. Toutefois, il est bien évident qu'on ne peut pas mettre à la charge du perdant le double droit d'enregistrement dû à raison du retard du gagnant de faire enregistrer le jugement (2).

Lorsqu'une partie est obligée, à cause du procès, de se procurer une expédition d'un acte, ces frais de production font-ils aussi partie des dépens? Nouvelle difficulté. Les uns veulent qu'on mette ces frais, notamment ceux d'expédition d'un contrat de mariage ou de tout autre acte notarié, à la charge du perdant, sous prétexte que le gagnant n'aurait pas été obligé de demander cette expédition si le procès n'avait pas eu lieu. Mais il semble qu'ici cette considération doive être écartée par une autre, par le principe suivant lequel quiconque invoque un droit doit en faire la preuve et par conséquent aussi payer les frais d'expédition des actes servant de preuve (3).

On a aussi soulevé quelques difficultés au sujet d'actes qui précèdent l'instance, tels que des sommations ou une tentative de conciliation. A notre avis, il faut comprendre dans les frais les actes ou procédures antérieurs à l'instance lorsque la loi les impose comme préliminaires du procès: tels sont les frais de la tentative de conciliation. Mais s'il s'agit d'actes purement facultatifs que la loi n'impose pas, comme dans certains cas une sommation ou encore un procès-verbal de constat, ils restent toujours à la charge de celui qui les a faits (4).

Aux termes de l'article 130 du Code de procédure, « toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens ». Cette disposition est empruntée à peu près textuellement à l'article premier du titre XXXI de l'ordonnance de 1667. A cette époque, comme nous l'apprend Jousse dans son commentaire sur cet

(1) Civ. rej. 14 février 1887, D. P. 88, 1, 131; req., 30 avril 1895, D. P. 95, 1, 415.

(2) Req., 30 avril 1833, D. P. 33, 1, 197.

(3) Orléans, 1er juin 1850, S. 50, 2, 529.

(4) A moins cependant qu'il n'ait été spécialement statué par le tribunal sur ce point. Jugé notamment qu'il appartient au juge du principal de décider à qui doivent incomber les frais du référé nommant un expert et de ceux de l'expertise qui ont précédé l'instance. Req., 6 août 1894, D. P. 95, 1, 33.

article, la condamnation aux dépens était la peine dont les juges devaient punir les perdants. Cette condamnation ayant un caractère pénal, il en résultait que les juges étaient tenus de la prononcer même d'office et quoique le gagnant ne l'eût pas demandée. Certains auteurs proposent encore aujourd'hui la même solution, en se fondant précisément sur ce que l'article 130 du Code de procédure reproduit presque textuellement l'ordonnance de 1667.

Tous ceux qui ont participé à la préparation d'une loi savent que le nouveau législateur reproduit assez volontiers textuellement la loi antérieure, lorsqu'il ne veut pas directement statuer en sens contraire. Or, le Code de procédure entend bien, ainsi que l'ordonnance de 1667, que le perdant paie les dépens, mais les fait-il reposer, comme cette ordonnance, sur l'idée qu'ils sont la peine du plaideur téméraire? Cela est fort contestable, car il y a bien des cas où cette explication devient manifestement fausse. On peut dire qu'un plaideur est téméraire ou qu'il est en faute lorsqu'il est de mauvaise foi, qu'il engage ou soutient le procès, sachant bien que sa prétention ne repose sur aucun fondement. Mais il y a aussi nombre de cas dans lesquels un plaideur est manifestement de bonne foi ; il suffit de supposer une question qui soulève des difficultés de droit et de fait fort compliquées, ou bien encore que le plaideur fait ou accepte le procès parce qu'il peut fonder sa prétention sur une jurisprudence depuis longtemps assise. Puis, dans ce procès même, cette jurisprudence change complètement. On ne peut évidemment pas lui reprocher d'avoir commis une faute, et en plaidant il n'a fait qu'user très légitimement de son droit et cependant comme il succombe il sera condamné aux dépens. La base de sa condamnation ne saurait être l'article 1382 du Code civil, car celui qui est de bonne foi et use de son droit ne commet aucune faute, aucun délit civil.

Quelle est donc la cause de la dette des dépens? On se tire bien légèrement d'embarras en disant que cette dette est un accessoire de la dette principale. Que devient cette explication si le procès ne porte pas sur une créance mais sur tout autre droit, droit de famille ou droit réel? Il est visible qu'il faut encore chercher ailleurs. On trouve la réponse à la question dans le procès lui-même. Le procès peut être comparé à un état de fait semblable à celui qu'établit l'indivision entre deux et plusieurs personnes. Cela est tellement vrai, que les pièces produites par l'une ou l'autre des parties leur deviennent communes dans une certaine mesure pendant l'instance, et en ce sens que celle qui les a apportées au procès ne peut plus les retirer sans le consentement de l'autre. Cet état de fait, comme l'indivision, crée des droits et des obligations, et notamment celle de payer les frais pour celui qui succombe. La condamnation aux dépens a donc sa base soit dans un quasi-contrat si le perdant est de bonne foi, soit, s'il est de mauvaise foi, dans une faute ou délit civil fondé sur l'article 1382.

De ce qui précède, il résulte nettement que les dépens n'étant pas une peine, le tribunal ne pourra y condamner le perdant que dans le cas où le gagnant aura conclu de ce chef contre lui (1). S'il a gardé le silence, le tribunal ne statue pas sur les dépens, et chacun paie ses frais comme dans

(1) Voy., en sens contraire, req., 29 décembre 1897, D. P. 99, 1, 233.

le cas de compensation totale que nous étudierons bientôt. Si le tribunal accordait les dépens d'office, il statuerait *ultra petita*, et son jugement pourrait être attaqué par la voie de l'appel ou par celle de la requête civile, suivant qu'il serait en premier ou dernier ressort; il en serait de même dans le cas inverse, c'est-à-dire si le tribunal omettait de condamner le perdant aux dépens quoique le gagnant l'ait demandé (1). Celui-ci doit conclure du chef des dépens et ne peut conclure que contre la partie adverse qui a succombé, et par exemple si le perdant est un mineur représenté par le tuteur ou une femme qui plaide avec l autorisation de son mari mis en cause à cette simple fin d'autorisation, la condamnation des dépens sera prononcée contre le tuteur ou le mari, non pas personnellement mais seulement en leur qualité et comme représentant le mineur ou la femme ; l'un n'est pas la partie adverse, mais son représentant, l'autre n'est mis en cause que pour donner capacité à sa femme. On ne condamne pas non plus aux dépens le juge qui s'est borné à contester la récusation dirigée contre lui; ce juge n'a pas d'intérêt personnel dans la demande au sujet de laquelle il est récusé et ce qui prouve qu'il n'est pas partie à l'incident de récusation, c'est qu'il ne peut pas appeler du jugement qui déclare la récusation fondée, à moins qu'il n'ait formé personnellement une demande de dommages-intérêts contre le récusant.

La condamnation aux dépens ne saurait être demandée ni accordée contre les avoués ou huissiers qui représentent les parties, ni contre les préfets, maires, syndics, curateurs, conseils judiciaires; ce sont encore là autant de personnes qui représentent les plaideurs ou les assistent à fin d'autorisation.

Quand une seule partie est en cause comme demandeur ou défendeur, pas de difficulté. Mais il peut se faire que plusieurs parties en cause, plusieurs défendeurs succombent. Que faudra-t-il alors décider quant aux dépens ? S'il y avait simplement communauté d'intérêts entre ces défendeurs, la solidarité ne pourrait pas être prononcée pour les dépens, car la solidarité ne peut exister qu'en vertu d'un texte (2). Ces dépens se divisent donc par tête entre les parties condamnées, à moins que le jugement ne fixe un autre mode de répartition motivé par les circonstances de la cause. Les juges ont en effet un pouvoir souverain pour répartir les dépens entre les parties qui succombent (3), ils pourraient même mettre tous les dépens à la charge de l'une d'elles exclusivement (4). La division par tête est toutefois rejetée par certains auteurs pour le cas où la condamnation est prononcée contre des héritiers, successeurs, légataires universels ou à titre universel; ils veulent qu'en pareil cas la condamnation aux dépens se fasse en proportion des parts héréditaires. Ils admettent cependant que si l'un des héritiers ou autres a été la cause de frais particuliers, comme par exemple s'il soulève seul et mal à propos des incidents, alors il doit supporter seul aussi l'excédent résultant des

(1) Voy., par analogie, civ. cass., 14 juin 1882, D. P. 83, 5, 47; *contra* Cass., 5 décembre 1838, S. 39, 1, 41; Cass., 22 août 1871, D. P. 71, 2, 228.

(2) Civ. rej., 18 décembre 1878, D. P. 79, 1, 245; civ. rej., 5 juin 1882, D. P. 83, 1, 173.

(3) Cass., 31 juillet 1878, S. 81, 1, 77.

(4) Req., 31 juillet 1872, S. 73, 1, 117; Cass., 9 janvier 1882, S. 84, 1, 271.

frais causés par son fait (1). Il faut à notre avis aller plus loin et décider qu'en cas de silence du jugement sur la part de chacun dans les dépens, ceux-ci se répartissent également par tête entre cohéritiers, légataires ou successeurs irréguliers, même si leurs parts de succession sont inégales; la dette des dépens n'est pas en effet un accessoire de la dette du défunt; elle naît de leur chef et ne vient pas de la succession.

Pour le cas où les deux parties qui succombent sont deux époux, il faut établir les distinctions suivantes : s'agit-il d'une action où le mari pouvait figurer seul, la condition de la femme ne peut pas être aggravée par ce fait qu'on l'a mise inutilement en cause; la condamnation aux dépens ne sera donc prononcée que contre le mari; mais, sous le régime de la communauté, la dette tombera dans la communauté. Si la présence de la femme était nécessaire, et si cependant le gain du procès devait profiter au mari, comme dans le cas d'une action relative à un propre immobilier d'une femme mariée sous le régime de communauté, la condamnation aux dépens serait assimilée aux dettes contractées conjointement par le mari et par la femme pendant la communauté. On a déjà vu que si le mari est en cause seulement à fin d'autorisation, il ne peut pas être condamné aux dépens, mais seulement la femme; toutefois celle-ci étant devenue débitrice du consentement de son mari, le gagnant aura action conformément à l'article 1419 du Code civil.

Pour l'hypothèse où les parties qui succombent sont des débiteurs solidaires, la question est controversée de savoir si la condamnation aux dépens doit aussi être solidaire. En faveur de l'affirmative, on argumente ainsi. La solidarité oblige non seulement à payer le tout, mais même à répondre dans la limite de l'obligation des fautes de son codébiteur. Or, les dépens sont un accessoire de l'obligation principale, causés par la résistance mal fondée, par la faute de celui qui succombe. Il est vrai que le débiteur solidaire n'est pas tenu des dommages-intérêts auxquels son codébiteur est obligé (art. 1205 C. civ); mais les dépens ne sont pas des dommages-intérêts proprement dits. De même que le retard de l'un fait courir même aux regards des autres les intérêts moratoires (art. 1207 C. civ), de même, la résistance mal fondée de l'un doit charger les autres des dépens. Du moment que les dépens sont un accessoire de la dette, ils doivent être solidairement dus comme le capital; c'est ce qui résulte bien nettement de l'article 2016 du Code civil, aux termes duquel celui qui s'est porté caution est aussi tenu des dépens. La solidarité n'est qu'un cautionnement *sui generis* et plus énergique que le cautionnement ordinaire. Elle doit donc en produire tous les effets. De même, l'article 55 du Code pénal dit que les personnes condamnées pour un même délit sont tenues solidairement des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais, précisément parce que ceux-ci sont des accessoires de ceux-là. Enfin n'est-il pas évident qu'on cause un véritable préjudice au créancier en l'obligeant pour les frais à diviser son action, alors que pour le capital il a le droit de la concentrer contre un seul des débiteurs? C'est probablement

(1) Il n'est pas inutile de rappeler, pour ceux qui adoptent ce premier système, que la division des dettes à l'égard des créanciers d'une succession diffère parfois de la contribution aux dettes entre les héritiers; en pareil cas, on suit, pour les dépens, le même mode de procéder que pour le capital.

ce dernier motif, fort important en pratique, qui décide en ce sens la jurisprudence et elle autorise à agir pour le tout même contre chacun des débiteurs qui n'ont pas été mis en cause (1). Cependant nous préférons l'opinion contraire, surtout au point de vue purement théorique et malgré les inconvénients qu'elle peut présenter dans la pratique. La condamnation aux dépens se partage donc entre les différents débiteurs et seulement entre ceux qui ont été mis en cause. Nous en avons fait la preuve à l'avance en établissant qu'ils ne constituent pas un accessoire de la dette principale, mais forment eux-mêmes une dette nouvelle née du quasi-contrat résultant du procès. La solidarité ne se présumant pas, il faudrait un texte formel pour qu'elle existât quant aux dépens en matière civile, comme l'a dit l'article 55 du Code pénal en matière pénale. Ce texte ne peut pas être l'article 2016 du Code civil duquel il n'en résulte pas non plus que les dépens soient l'accessoire de la dette principale. Le seul objet de cet article est de déterminer l'étendue des obligations de la caution, lorsqu'il n'en est rien dit dans l'acte constitutif de cautionnement. D'ailleurs, même si les dépens étaient un accessoire, on ne serait pas autorisé à en conclure qu'ils soient dus solidairement; il faudrait encore un texte, comme il en existe un pour les intérêts, et ce texte fait défaut.

Par exception, lorsque la condamnation aux dépens est prononcée à titre de dommages-intérêts contre plusieurs personnes pour une faute commune qui leur est imputable, chacun est alors tenu de ces dépens *in solidum*, même si la dette principale n'est pas solidaire; en pareil cas encore, les dépens forment une dette spéciale et ils perdent ce caractère par cela même qu'ils prennent celui de dommages-intérêts, dus non plus à raison du procès, mais à raison d'une faute (2).

Ne peuvent statuer sur les dépens que les jugements définitifs, soit sur le fond, soit sur un incident étranger à l'instruction, tels que fins de non recevoir, déclinatoires, demandes provisoires, interventions. Ces incidents forment, au point de vue des dépens, autant de procès distincts dont les frais doivent être supportés par la partie qui succombe, lors même qu'elle triompherait sur le fond. Les jugements préparatoires ou interlocutoires, par cela même qu'ils sont relatifs à l'instruction de l'affaire, ne contiennent pas condamnation aux dépens; ils les réservent pour le moment où sera rendu le jugement sur le fond, de sorte que les frais de ces incidents sont compris dans ceux du fond. D'ailleurs, il n'est pas nécessaire de motiver spécialement la condamnation aux dépens; elle l'est suffisamment par ce fait même que celui qui les paie a perdu le procès (3).

Dans notre ancien droit, quelques jurisconsultes enseignaient qu'on ne pouvait pas appeler du seul chef des dépens (4), mais cette opinion n'était

(1) Civ. cass., 18 mai 1898, D. P. 1900, 1, 326; req., 13 décembre 1899, D. P. 1900, 1, 163.

(2) Civ. rej., 23 novembre 1892, D. P. 93, 1, 201; req., 7 novembre 1894, D. P. 95, 1, 84; civ. cass., 18 mai 1898, D. P. 1900, 1, 326; req., 13 décembre 1899, D. P. 1900, 1, 163.

(3) Civ. rej., 5 mars 1900, D. P. 1900, 1, 409.

(4) Voy., par exemple, Rodier, p. 605.

pas unanime. Aujourd'hui, il est admis qu'on peut appeler du seul chef des dépens dans les affaires jugées en premier ressort et cela sans qu'il soit nécessaire de se pourvoir en même temps sur le fond; de même, si le jugement est en dernier ressort, on peut aussi, du seul chef des dépens, se pourvoir en cassation ou en requête civile. La somme des dépens est indifférente pour la recevabilité de l'appel, dès que l'intérêt du litige excède le taux du dernier ressort. Mais il ne faut pas confondre la condamnation aux dépens avec la taxe ou liquidation des dépens adjugés; on ne peut appeler de la taxe qu'autant qu'on appelle en même temps de quelques dispositions touchant le fond de la cause (décret du 16 février 1807, art. 6; loi des 21-27 décembre 1897, art. 5).

Le principe de la condamnation du perdant aux dépens, si le gagnant le demande, comporte un assez grand nombre d'exceptions fondées sur les motifs les plus divers.

La première résulte de la loi du 22 janvier 1850 sur l'assistance judiciaire dont les dispositions des articles 1er à 21 viennent d'être modifiés par la loi du 10 juillet 1901. Cette dernière loi maintient les dispositions précédentes relatives à l'assistance judiciaire en matière criminelle et correctionnelle, mais modifie sensiblement l'assistance judiciaire en matière civile.

Il s'agit d'un bénéfice réservé aux indigents et en vertu duquel ils obtiennent remise provisoire ou même définitive des frais de justice. En principe, l'assistance judiciaire n'est pas de droit; il faut qu'elle soit demandée. Par exception, elle est accordée d'office et sans formalité aux ouvriers par la loi du 9 avril 1899 pour les demandes en dommages-intérêts qu'ils forment à raison des accidents du travail, mais, à moins d'un texte formel de cette nature, l'assistance judiciaire doit être demandée et obtenue dans les formes prescrites par la loi du 10 juillet 1901.

Elle peut être accordée aux termes de l'article 1er de cette loi, en tout état de cause, à toutes personnes, ainsi qu'à tous établissements publics ou d'utilité publique et aux associations privées ayant pour objet une œuvre d'assistance et jouissant de la personnalité civile, lorsqu'à raison de l'insuffisance de leurs ressources, ces personnes, établissements ou associations, se trouvent dans l'impossibilité d'exercer leurs droits en justice, soit en demandant, soit en défendant. Elle peut être accordée pour toutes les affaires de la compétence des juges de paix, des tribunaux d'arrondissement, des juges des référés, de la chambre du conseil, des tribunaux de commerce, des cours d'appel, de la Cour de cassation, comme aussi devant les conseils de préfecture, le Conseil d'État, le tribunal des conflits et enfin aux parties civiles devant les juridictions d'instruction et de répression; elle s'applique aussi bien en matière gracieuse qu'en matière contentieuse; enfin, et c'est là une importante innovation de la loi nouvelle, elle s'étend de plein droit aux actes et procédures d'exécution à opérer en vertu des décisions en vue desquelles elle a été accordée et elle peut être concédée pour tous actes de procédure d'exécution qui ne rentrent pas dans le cas précédent.

La loi établit à cet effet, près de chaque tribunal d'arrondissement, un bureau d'assistance judiciaire, chargé d'accorder ou de refuser ce bénéfice pour les affaires de la compétence des justices de paix, des tribunaux de

simple police, des tribunaux d'arrondissement, des tribunaux correctionnels, des tribunaux de commerce, des conseils de préfecture, des cours d'assises. Il y a aussi, près de chaque cour d'appel, un bureau d'assistance pour les affaires de la compétence des cours. Quant au pourvoi en cassation ou devant le Conseil d'État ou devant le tribunal des conflits, il existe un seul bureau d'assistance judiciaire établi à Paris. L'article 3 de la loi du 10 juillet 1901 fait connaître la composition de chacun de ces bureaux. Nous nous bornerons à énumérer les membres qui constituent le bureau d'assistance judiciaire d'un tribunal d'arrondissement. Ce sont : le directeur de l'enregistrement ou un agent qu'il délègue ; un représentant du préfet; trois membres pris parmi les anciens magistrats, les avocats ou anciens avocats, les avoués ou anciens avoués, les notaires ou anciens notaires. Ces trois membres sont choisis par le tribunal civil ; néanmoins, dans les arrondissements où il existe un bureau comprenant au moins quinze avocats inscrits au tableau, un de ces trois membres est nommé par le conseil de discipline de l'ordre des avocats, un autre par la chambre des avoués, le troisième par le tribunal.

Lorsque le nombre des affaires l'exige, tout bureau peut, en vertu d'une décision du ministre de la justice et sur l'avis de la juridiction près de laquelle ce bureau est établi, être divisé en plusieurs sections (loi du 10 juillet 1901, art. 5).

Chaque bureau d'assistance judiciaire, ou chaque section, nomme son président. Les fonctions de secrétaire sont remplies par le greffier de la Cour ou du tribunal ou par un de ses commis assermentés. Ce secrétaire n'a pas voix délibérative.

Le bureau ne peut délibérer qu'autant que la moitié plus un de ses membres est présente, non compris le secrétaire. Les décisions se prennent à la majorité ; en cas de partage, la voix du président est prépondérante (loi du 10 juillet 1901, art. 6).

Les membres de chaque bureau autres que les délégués de l'administration ne sont élus que pour un an, mais ils sont indéfiniment rééligibles. Les élections ont lieu dans le mois qui suit la rentrée (loi du 10 juillet 1901, art. 7).

Toute personne qui réclame le bénéfice de l'assistance judiciaire doit en faire la demande écrite sur papier libre ou même verbale, soit directement au procureur de la République du tribunal de son domicile, soit au maire de son domicile qui la transmet immédiatement au procureur de la République avec les pièces justificatives (loi du 10 juillet 1901, art. 8). Ces pièces consistent : 1° en un extrait du rôle des contributions ou un certificat du percepteur du domicile du postulant constatant qu'il n'est pas imposé; 2° en une déclaration attestant qu'il est, à raison de l'insuffisance de ses ressources, dans l'impossibilité d'exercer ses droits en justice, et contenant l'énumération détaillée de ses moyens. Le postulant doit affirmer la sincérité de sa déclaration devant le maire de la commune de son domicile et le maire lui en donne acte au bas de la déclaration (loi du 10 juillet 1901, art. 10).

Le procureur de la République du tribunal du domicile du postulant, ayant reçu cette demande et les pièces à l'appui, en fait la remise au bureau établi près le tribunal. Ce bureau doit statuer dans le plus bref délai. Si ce bureau n'est pas en même temps celui de la juridiction compétente (ce qui se produira

le plus souvent lorsque le postulant sera demandeur), il se borne à recueillir des renseignements, tant sur l'insuffisance des ressources que sur le fond de l'affaire. Il peut appeler les parties, les entendre et même essayer de les concilier. S'il ne parvient pas à les accorder, il transmet, par l'intermédiaire du procureur de la République, la demande, le résultat de ses informations et les pièces au bureau établi près la juridiction compétente (loi du 10 juillet 1901, art. 8) (1).

Le bureau d'assistance judiciaire du tribunal compétent, qu'il ait été directement saisi ou qu'il l'ait été par renvoi du bureau du domicile du postulant, peut à son tour s'éclairer sur l'insuffisance des ressources de ce postulant. Il doit donner avis à la partie adverse qu'elle peut se présenter devant lui, soit pour contester l'insuffisance des ressources, soit pour fournir des explications sur le fond et, si cette partie adverse comparaît, le bureau emploie ses bons offices pour opérer un arrangement amiable (loi du 10 juillet 1901, art. 11).

Quelle que soit la décision du bureau, qu'elle accorde ou refuse l'assistance, elle ne doit contenir que l'exposé sommaire des faits et moyens. La loi ne veut pas qu'elle soit motivée, afin qu'elle n'exerce aucun influence sur le tribunal. Les décisions du bureau ne sont susceptibles d'aucune voie de recours de la part des parties, mais s'il s'agit d'un bureau établi près d'un tribunal civil, le procureur général peut toujours la déférer au bureau établi près la cour d'appel et demander qu'elle soit réformée (loi du 10 juillet 1901, art. 2) (2).

Lorsque l'assistance judiciaire a été accordée, le président du bureau doit, dans les trois jours, et par l'intermédiaire du procureur de la République, adresser au président de la juridiction compétente, un extrait de la décision portant seulement que l'assistance a été obtenue ; il y annexe les pièces de l'affaire (loi du 10 juillet 1901, art. 13).

Pour bien comprendre les effets de l'assistance judiciaire, il faut les étudier, d'abord pendant l'instance, ensuite après le jugement.

Le président du tribunal, prévenu de l'obtention de l'assistance judiciaire, invite le bâtonnier de l'ordre des avocats, le président de la chambre des avoués et le syndic des huissiers à désigner l'avocat, l'avoué et l'huissier qui prêteront gratuitement leur ministère à l'assisté. S'il n'existe pas de bâtonnier ou s'il n'y a pas de chambre de discipline des avoués, la désignation est faite par le président du tribunal lui-même (3).

L'assisté est provisoirement dispensé du paiement des sommes dues au trésor pour droit de timbre, d'enregistrement et de greffe, ainsi que de toute consignation d'amende. Il est aussi dispensé provisoirement du paiement des sommes dues aux greffiers, aux officiers ministériels et aux avocats, pour droits, émoluments et honoraires. Les actes de procédure de l'assisté sont

(1) Pour le cas où la juridiction devant laquelle l'instance judiciaire a été admise se déclare incompétente, voy. l'article 9 de la loi.

(2) La loi ne veut pas non plus que les décisions des bureaux d'assistance soient produites, ni discutées en justice, si ce n'est devant la police correctionnelle et dans le cas prévu par l'article 26 (loi du 10 juillet 1901, art. 2).

(3) Pour le cas où l'affaire est de la compétence d'une autre juridiction, voy. l'article 13 de la loi du 10 uillet 1901.

visés pour timbre et enregistrés en débet, ainsi que les actes qu'il produit pour établir sa prétention (1). Si l'instruction de l'affaire nécessite une enquête, une expertise, un transport de juge, etc., tous les frais dus à cette occasion à des tiers, notamment aux témoins et aux experts, sont avancés par le trésor public (loi du 10 juillet 1901, art. 14).

Une fois le jugement rendu, si l'assisté succombe, on lui fait définitivement remise des frais et l'État recouvre seulement, s'il le peut, les avances qu'il a faites. Quant au gagnant, il est obligé de payer ses propres frais, ce qui prouve combien il est désavantageux de plaider contre un assisté.

Lorsque l'assisté gagne le procès, la condamnation aux dépens est prononcée, suivant le droit commun, contre son adversaire et la taxe comprend tous les droits, frais de toute nature, honoraires et émoluments auxquels l'assisté aurait été tenu s'il n'avait pas obtenu l'assistance judiciaire; mais cette condamnation aux dépens est prononcée et l'exécutoire est délivré au nom de l'administration de l'enregistrement qui en poursuit le recouvrement comme en matière d'enregistrement, sauf le droit, pour l'assisté, de concourir aux actes de poursuite conjointement avec l'administration, lorsque cela est utile pour exécuter les décisions rendues et en conserver les effets (loi du 10 juillet 1901, art. 17 et 18). La loi ajoute que la créance du trésor pour les avances qu'il a faites, ainsi que pour tout droit de greffe, d'enregistrement et de timbre, a la préférence sur celles des autres ayants droit.

Tel est le droit commun de l'assistance judiciaire; il comporte quelques particularités dans deux cas, celui d'extrême urgence et celui d'exécution forcée.

En cas d'extrême urgence, l'admission provisoire à l'assistance judiciaire peut être prononcée par le bureau, quel que soit le nombre des membres présents, même par un seul membre et en cas de partage la voix de celui qui préside est prépondérante. Dans ce même cas, le ministère public qui a reçu la demande d'assistance a le droit, en raison de l'urgence, de convoquer d'office le bureau et ce bureau, même s'il n'est pas celui du tribunal compétent, peut prononcer l'admission provisoire. Quant à l'admission définitive, elle est toujours prononcée dans les formes ordinaires et par le bureau compétent d'après le droit commun, mais à bref délai (loi du 10 juillet 1901, art. 6).

La principale innovation de la loi nouvelle consiste dans l'extension du bénéfice de l'assistance judiciaire aux procédures d'exécution. Ce bénéfice est même de droit toutes les fois qu'il s'agit d'un jugement pour lequel l'assistance a déjà été accordée, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de former une demande nouvelle; il en est autrement s'il s'agit d'une procédure d'exécution qui n'est pas la conséquence d'un jugement de cette nature. Lorsqu'il s'agit d'actes et de procédures d'exécution, les pièces sont transmises au président du tribunal civil du lieu où l'exécution devra se poursuivre et ce magistrat invite le syndic des huissiers et le président de la chambre des avoués à désigner l'huissier et l'avoué qui prêteront gratuite-

(1) La loi ajoute que si ces actes et titres sont du nombre de ceux qui doivent être enregistrés dans un délai déterminé, les droits d'enregistrement deviennent exigibles immédiatement après le jugement. Il en est de même des sommes dues pour contravention aux lois sur le timbre. Pour plus de détails, voy. l'article 14 de la loi du 10 juillet 1901.

ment leur ministère. Mais, si les poursuites sont discontinuées ou suspendues pendant plus d'une année, les frais faits sont réputés dus par la partie poursuivie, sauf justification ou décision contraire (loi du 10 juillet 1901, art. 2, 10 et 13).

Celui qui a été admis à l'assistance judiciaire devant une juridiction de premier degré continue à en jouir sur l'appel interjeté contre lui dans le cas même où il se rendrait incidemment appelant. Il continue pareillement à en jouir sur le pourvoi formé contre lui en cassation ou devant le Conseil d'État ou le tribunal des conflits. Mais si c'est l'assisté qui interjette appel principal ou qui forme un pourvoi, il ne peut, sur cet appel ou sur ce pourvoi, jouir de l'assistance judiciaire qu'en vertu d'une décision nouvelle rendue à son profit par le bureau de la cour d'appel ou de la Cour de cassation, conformément à la procédure organisée par l'article 9 de la loi du 10 juillet 1901.

Lorsque l'assisté tombe en faillite, les syndics ne peuvent pas demander l'assistance judiciaire, car ils sont plutôt les représentants de la masse que les représentants du failli et, par la même raison, ils ne profitent pas de l'assistance judiciaire qui avait été précédemment accordée au débiteur (1).

En second lieu, par dérogation au principe de l'article 130 que le perdant doit payer les dépens, c'est au contraire lui qui peut les obtenir lorsque le gagnant, tout en l'emportant sur le fond, lui doit cependant des dommages-intérêts, par exemple à raison de mauvais procédés, d'injures qu'il s'est permis dans le procès ; le tribunal jouit, dans ces circonstances, d'un pouvoir discrétionnaire pour accorder les dépens au perdant à titre de dommages-intérêts (art. 137 C. pr.).

En troisième lieu, celui qui fait des frais frustratoires doit toujours les supporter, même s'il gagne le procès; plus exactement, ces frais sont supportés par l'officier ministériel qui a eu tort de faire ces actes, soit spontanément, soit à la demande de son client (art. 1031 C. pr.).

En quatrième lieu, lorsque le ministère public est partie principale dans l'intérêt public (2), par exemple s'il demande une nullité de mariage et s'il succombe, il n'est pourtant pas condamné aux dépens, de sorte que le gagnant paie ses propres frais et que, de son côté, le ministère public, c'est-à-dire l'État, supporte ceux qu'il a faits. Cette solution se déduit des articles 120 et suivants du tarif criminel du 18 juin 1811. On admet la même solution au profit du préfet (3) et des administrations publiques lorsqu'ils agissent dans l'intérêt public. Mais il va sans dire que les gouvernements étrangers ne sauraient prétendre à cette faveur (4). On a souvent critiqué cet avantage fait au ministère public et il est certain qu'il est dur, pour celui qui triomphe

(1) Bureau d'assistance judiciaire de la Cour de Bordeaux, 1er décembre 1881, S. 82, 2, 229. Nous avons passé un grand nombre de traités avec de différents États étrangers et qui assurent le bénéfice de l'assistance judiciaire aux étrangers de ces pays en France et aux Français dans ces mêmes pays. Nous ne pouvons que renvoyer aux ouvrages de droit international privé.

(2) Civ. rej., 12 novembre 1875, D. P. 78, 5, 280 ; crim. cass., 20 novembre 1880, D. P. 81, 1, 41 ; civ. rej., 10 décembre 1878, D. P. 79, 1, 113.

(3) Conseil d'État, 12 mai 1876, D. P. 76, 3, 86 ; req., 19 mars 1888, D. P. 88, 5, 266 ; trib. des conflits, 15 décembre 1883, D. P. 85, 1, 59.

(4) Paris, 13 août 1867, D. P. 67, 2, 49.

contre lui, d'être obligé de payer ses propres frais. On a dit que la société a le droit d'imposer cette charge aux particuliers, précisément dans l'intérêt public, mais cette observation est d'une valeur très contestable. Ce qui est vrai, c'est que si le ministère public était menacé d'une condamnation aux frais, il hésiterait peut-être à agir et qu'ainsi, en matière civile, la répression des désordres pourrait être compromise.

En cinquième lieu, aux termes de l'article 132 du Code de procédure civile, « les avoués et huissiers qui auront excédé les bornes de leur ministère, les tuteurs, curateurs, héritiers bénéficiaires ou autres administrateurs qui auront compromis les intérêts de leur administration, pourront être condamnés aux dépens, en leur nom et sans répétition, même aux dommages-intérêts s'il y a lieu, sans préjudice de l'interdiction contre les avoués et huissiers, et de la destitution contre les tuteurs et autres, suivant la gravité des circonstances ». Il s'agit ici, comme on le voit, de mandataires tenus de devoirs plus stricts que les mandataires ordinaires, soit parce que leur mandat est forcé, soit parce qu'il est salarié, soit pour toute autre cause, et néanmoins un de ces mandataires a commis une faute grave qui a porté préjudice au représenté (1). Le tribunal peut, dans ces circonstances, condamner le représentant aux dépens à titre, à la fois, de peine et de dommages-intérêts. Aussi va-t-il sans dire qu'ici la condamnation aux dépens peut être prononcée d'office. On ne voit même pas comment elle le serait autrement, car l'adversaire n'a pas le droit de requérir contre le représentant qui n'est pas personnellement en cause. Indépendamment de la condamnation aux dépens, le représentant peut encore encourir d'autres peines énumérées par l'article 132 du Code de procédure, qui aurait dû ajouter aussi que s'il s'agit d'un héritier bénéficiaire, celui-ci est privé de cette faveur et devient héritier pur et simple.

Une dernière dérogation au principe de l'article 130 est celle qui résulte de la compensation des dépens, autorisée dans deux cas par l'article 131.

La compensation des dépens consiste dans leur répartition entre les plaideurs ; c'est donc encore une dérogation à la règle que le perdant doit seul payer les dépens. L'ordonnance de 1667 n'admettait pas cette dérogation et défendait la compensation des dépens, même dans les procès entre parents rapprochés (tit. XXXI, art. 1er). Mais Jousse nous apprend que, dans la pratique, on se montrait moins rigoureux. « Quand il s'agit de contestations entre père et enfants, dit-il sur l'article premier du titre XXXI, et quelquefois même entre frères et sœurs, il est assez dans l'usage de compenser les dépens. » Cette pratique a été consacrée par le code actuel. Il faut bien remarquer qu'ici la compensation n'est pas prise dans son sens ordinaire ; il ne s'agit pas de l'extinction de deux dettes jusqu'à concurrence de la plus faible sous les conditions déterminées par la loi. Bien au contraire, la compensation des dépens empêche une dette de naître en totalité ou pour partie, par cela même qu'elle ne met pas tous les dépens à la charge du perdant.

Le tribunal a le droit de compenser les dépens dans deux cas, mais il n'en a jamais l'obligation ; il s'agit pour lui d'un pouvoir discrétion-

(1) S'il n'y avait pas eu faute de la part de ce mandataire, on violerait la loi en mettant les frais à sa charge. Civ. cass., 3 janvier 1899, D. P. 99, 1, 48.

naire (1), de sorte qu'il peut refuser la compensation des dépens, même dans ces deux cas, sans que la partie ait le droit de se plaindre. Mais le pouvoir du tribunal ne va jamais jusqu'à condamner le gagnant aux dépens.

En premier lieu, il peut compenser les dépens en tout ou en partie entre conjoints, ascendants, descendants, frères et sœurs ou alliés au même degré. Le législateur a pensé que ce serait un moyen d'atténuer les dissentiments qui se sont produits entre parents ou alliés à un degré très rapproché. La disposition de la loi étant exceptionnelle, on ne saurait en étendre l'application à des parents ou alliés d'un degré plus éloigné. D'un autre côté, il y a un cas dans lequel la loi défend la compensation des dépens : c'est celui où un enfant a attaqué le partage de son ascendant pour l'une des causes déterminées par l'article 1079 du Code civil et où cet enfant a succombé. Le jugement prouve qu'il s'est permis une faute grave vis-à-vis de son ascendant et la loi veut qu'il paie tous les dépens (art. 1080 C. civ.). Cet article n'a pas été abrogé par l'article 131 du Code de procédure, parce qu'une loi générale postérieure n'abroge pas tacitement une loi spéciale antérieure (2).

En second lieu, le tribunal peut encore faire la compensation des dépens, aux termes de l'article 131 du Code de procédure, « si les parties succombent respectivement sur quelques chefs ». Cette formule n'exprime pas complètement l'intention du législateur qui est de permettre au tribunal de compenser les dépens en tout ou en partie dès que chacun des plaideurs gagne et succombe à la fois dans une certaine mesure (3). Tel est sans doute le cas où le procès portant sur plusieurs chefs de demande, le tribunal en accorde quelques-uns au demandeur et repousse les autres au profit du défendeur. Mais il peut arriver qu'il y ait lieu à compensation avec un seul chef de demande, en supposant que le demandeur en a obtenu une partie et que le tribunal en a écarté une autre partie ; tel serait le cas où le demandeur s'étant prétendu créancier de 10 000 francs et où le défendeur ayant nié l'existence de sa dette, le tribunal a reconnu cette dette, mais seulement jusqu'à concurrence de 5 000 francs. Il résulte de là que si le défendeur veut échapper au danger de payer une partie des dépens dans le cas où le créancier exagère sa demande, il doit avoir soin d'offrir réellement la somme dont il se reconnait débiteur au lieu de nier la totalité de la dette. Dans notre exemple, si le défendeur avait offert 5 000 francs, il n'aurait supporté aucune part des dépens et la compensation aurait été impossible, puisque le créancier aurait seul succombé.

La compensation des dépens peut être totale ou partielle : totale, si le tribunal décide que chacun paiera ses propres frais et il lui suffit, dans ce cas, d'insérer la formule « dépens compensés » ; partielle, si l'une des parties paie ses propres frais et une portion de ceux de l'adversaire, de sorte que celui-ci ne supporte ses propres frais que pour partie. On dit aussi que la compensation se fait avec masse ou sans masse : avec masse, lorsque le tribunal ordonne qu'on fera le total des dépens des deux parties et fixe ensuite

(1) Civ. rej., 17 mars 1884, D. P. 84, 1, 448; req., 16 juin 1884, D. P. 85, 1, 151; req., 11 novembre 1885, D. P. 86, 1, 39; req., 21 février 1899, D. P. 99, 1, 243.

(2) Aubry et Rau, t. VIII, p. 39; Colmet de Santerre, t. IV, nº 248 *bis*.

(3) Civ. cass., 14 février 1898, D. P. 1900, 1, 73; Nancy, 11 novembre 1899, D. P. 1900, 2, 1.

l'étendue de la compensation d'après ce total ; sans masse, lorsque le tribunal ne prescrit pas l'addition des dépens des deux plaideurs. Les tribunaux préfèrent très généralement ordonner la compensation après qu'il a été fait masse des dépens; ils opèrent ainsi plus sûrement et savent exactement ce que chacun doit payer. Par exemple, s'il a été fait par un des plaideurs 200 francs de frais et par l'autre 400 francs, le tribunal ordonne d'additionner ces frais et ensuite il prescrit la compensation des dépens sur ce total dans la proportion qu'il fixe lui-même, par exemple de moitié pour chacun ou d'un tiers pour l'un et de deux tiers pour l'autre, etc.

Pour en finir avec cette importante matière des dépens, il ne nous reste plus qu'à étudier un certain bénéfice accordé sous les conditions déterminées par la loi à l'avoué du gagnant et qu'on appelle la distraction des dépens (art. 133 C. pr.).

En général, les dépens sont payés par le perdant, comme la condamnation principale, au gagnant, sauf à celui-ci à rembourser son avoué des avances qu'il a faites pour lui. Mais on voit tout de suite que si le gagnant n'est pas solvable, son avoué, le plus souvent à raison du concours d'autres créanciers, ne sera payé que pour partie; d'un autre côté, si le client, quoique solvable, refuse de rembourser son avoué, celui-ci est obligé de recourir à la justice et les praticiens se plaignent souvent avec raison de l'ingratitude des clients. Enfin le droit commun, il est vrai, donne déjà sans doute action à l'avoué du gagnant contre le perdant. Il ne faut pas, en effet, oublier que cet avoué est créancier de son propre client à raison du mandat et qu'il peut, comme tout créancier, exercer les droits et actions de son débiteur, par conséquent agir du chef des dépens contre le perdant; c'est l'application de l'article 1166 du Code civil. Mais cette action indirecte de l'article 1166 du Code civil présente deux inconvénients : d'une part, elle oblige l'avoué du gagnant à subir le concours des autres créanciers de son client qui veulent aussi recourir à cette même action ; d'autre part, lorsque l'avoué du gagnant intente l'action indirecte de l'article 1166 du Code civil, le perdant est en droit de lui opposer toutes les exceptions et autres moyens, notamment la compensation qu'il serait en droit d'invoquer contre le gagnant. La distraction des dépens donne à l'avoué qui l'obtient une autre action bien plus avantageuse, par cela même qu'elle naît en sa personne et directement contre le perdant : elle lui permet d'écarter le concours des autres créanciers du gagnant, puisqu'il n'agit plus comme créancier de ce gagnant en vertu de l'article 1166, et, par la même raison, elle retire au perdant le moyen d'invoquer contre cet avoué les exceptions et autres prétentions qu'il aurait pu faire valoir contre le perdant.

L'avoué qui a obtenu la distraction des dépens devient créancier de la partie condamnée pour la totalité des dépens, même pour la partie dont il n'a pas fait l'avance, sauf à lui à rembourser à son client ce qu'il en avait reçu. Le perdant ayant pour créancier l'avoué du gagnant ne peut pas, du chef des dépens, s'acquitter entre les mains du gagnant et le paiement qu'il ferait ne serait pas opposable à l'avoué distractionnaire.

La distraction des dépens au profit de l'avoué du gagnant ne libère d'ailleurs pas le client vis-à-vis de son avoué; le gagnant reste, par l'effet

du mandat, débiteur envers son avoué des avances que celui-ci lui a faites, ce qui peut être utile à l'avoué distractionnaire pour le cas où le perdant serait insolvable. Cet avoué a en réalité deux débiteurs, mais pour des sommes différentes : son client, le gagnant, jusqu'à concurrence des avances et des honoraires de mandat qui lui sont dus ; le perdant, pour la totalité des dépens.

L'avoué du gagnant qui a obtenu la distraction des dépens n'a droit aux intérêts contre le perdant que du jour de la signification de l'ordonnance de taxe (art. 4 *in fine* et 5 de la loi des 21-27 décembre 1897) ; mais s'il agissait contre son client et comme mandataire, il aurait droit aux intérêts du jour des avances constatées (art. 2001 C. civ.). La Cour de cassation décide cependant que l'avoué n'a droit à des intérêts, pour ses avances à titre de *procurator ad litem*, que du jour de la demande (1). Cette distinction entre le mandataire *ad litem* et le mandataire ordinaire ne nous paraît fondée sur aucun texte ; aussi est-elle repoussée par certains auteurs et même par quelques arrêts.

La distraction des dépens peut être ordonnée en matière sommaire comme en matière ordinaire, dans les jugements par défaut comme dans les jugements contradictoires et par les juges-commissaires dans les procédures de distribution et d'ordre. Quand le jugement est par défaut, l'opposition qui le frappe s'applique aussi bien aux dépens qu'au principal. Mais s'il succombe dans cette opposition ou sur cet appel, il est personnellement condamné aux frais de cette opposition ou de cet appel vis-à-vis de la partie adverse. Quand le jugement est en premier ressort, l'appel suspend aussi bien le paiement des frais que l'exécution de la condamnation principale. Nous verrons même bientôt que si le tribunal avait ordonné l'exécution provisoire pour le principal, l'appel n'en suspendrait pas moins le paiement des dépens, car il n'y a pas pour les dépens d'exécution provisoire.

Que faudrait-il décider si le jugement étant en dernier ressort faisait l'objet d'une requête civile ou d'un pourvoi en cassation ? La requête civile et le pourvoi en cassation (du moins en matière civile) n'étant pas suspensifs de l'exécution, le client peut exiger le paiement du principal et l'avoué celui des dépens. Mais qu'arrivera-t-il si le jugement ou l'arrêt est cassé et que le tribunal, ou la cour, saisi pour la seconde fois de l'affaire, juge autrement que le tribunal ou la cour dont l'arrêt a été cassé ? L'avoué qui a reçu les dépens sera-t-il obligé de le restituer à celui qui, après avoir perdu la première fois, a gagné la seconde fois ? Non. Comment expliquer ce résultat ? Il semble que cette partie a payé les frais à tort, puisqu'elle gagne en définitive le procès. Cela est vrai ; aussi lui donnons-nous le droit de réclamer à l'autre partie, mais non à l'avoué de cette dernière. C'est qu'en effet la partie qui a payé les frais à l'avoué de l'autre, a fait une sorte de *traditio brevi manu*. Les choses doivent se passer comme s'il y avait eu deux paiements, le premier fait à la partie, le second fait par cette partie à son avoué. C'est donc bien l'autre partie qui a reçu, au regard de celle qui a gagné ; c'est donc elle seule qui peut être tenue de restituer.

(1) Req., 14 janvier 1868, D. P. 68. 1, 130.

De ce que la répétition ne peut s'exercer que contre la partie, il résulte qu'on ne doit pas comprendre l'avoué distractionnaire dans la requête civile ni dans le pourvoi en cassation, pas plus qu'on ne doit l'intimer sur l'appel.

Pour que l'avoué obtienne la distraction des dépens, il faut qu'il ait eu le soin de la demander avant le jugement. En général, la distraction est réclamée par l'avoué du demandeur dans l'ajournement et par l'avoué du défendeur dans la requête en défense. Chaque avoué peut aussi la demander plus tard seulement, mais elle doit être contenue dans les conclusions posées sur le bureau du tribunal. En pratique, on est plus tolérant et on permet à l'avoué du gagnant de demander la distraction, même après le prononcé du jugement, pourvu qu'il le fasse séance tenante, par conclusions écrites ou verbales.

En demandant la distraction, l'avoué affirme qu'il a avancé la plus grande partie des frais. On a soutenu autrefois que cette affirmation doit être confirmée par un serment. C'est là une erreur, par cela même que la loi n'en dit rien. Ce que peut exiger le tribunal, c'est que l'avoué présente son registre constatant les avances. Faute de représentation et aussi en cas de tenue irrégulière du registre, l'avoué peut être déclaré non recevable dans sa prétention (art. 151 du tarif civil). La présentation du registre régulièrement tenu fait preuve suffisante si le tribunal le veut; c'est pourquoi, si l'adversaire défère le serment à l'avoué, le tribunal est libre de rejeter ou d'admettre cette délation, suivant qu'il considère le registre comme une preuve complète ou seulement comme un commencement de preuve. Si le tribunal admet la délation de serment, c'est à vrai dire lui-même qui le défère à titre de serment supplétoire. En d'autres termes, le registre faisant preuve ou au moins commencement de preuve, il ne peut être question du serment décisoire, mais seulement du supplétoire.

Si l'avoué d'appel a remboursé l'avoué de première instance, il peut obtenir la distraction des dépens, même de ce chef, pourvu que l'avoué de première instance ait affirmé devant le tribunal qu'il avait fait l'avance de la plupart des frais de son client qui l'a ensuite emporté en appel; dans le cas contraire, si l'avoué de première instance n'avait pas fait cette affirmation, l'avoué d'appel qui obtient l'infirmation du jugement ne pourrait demander la distraction que pour ses propres avances.

Aux conditions imposées par l'article 133 pour que l'avoué obtienne la distraction des dépens, il faut en ajouter d'autres qui résultent du droit commun, notamment que le tribunal ait rendu un jugement et que dans ce jugement il ait prononcé une condamnation aux dépens. Si le tribunal a admis la compensation pure et simple des dépens, il ne peut pas être question de distraction des dépens, puisqu'aucune partie n'est de ce chef créancière de l'autre. Mais dès que le tribunal ne prononce qu'une compensation partielle avec ou sans masse, la distraction des dépens devient possible, une des parties étant alors débitrice d'une portion des frais de l'autre (1).

Pour le cas de compensation partielle avec masse, il est nécessaire de se

(1) Voy. la jurisprudence dans Dalloz, *Code de procédure civile annoté*, sous l'article 133, nos 33 et 34.

rendre bien compte de l'effet de la distraction. Prenons l'exemple suivant : A... a fait 300 francs de frais et B... 900; les deux avoués les ont avancés; le tribunal ordonne que la compensation des dépens se fasse par masse et par moitié. B... gagne le procès et son avoué obtient la distraction. Que peut réclamer cet avoué à A...? Comme A... doit supporter définitivement 600 francs et que ses propres frais s'élèvent déjà à 300 francs, on pourrait être porté à croire qu'il n'est tenu de payer à l'avoué de B... que 300 francs et c'est en effet ainsi que les choses se passeraient si la répartition des dépens se réglait entre les parties elles-mêmes. Mais, par l'effet de la distraction, il n'en est rien et l'avoué de B... a le droit de réclamer 600 francs. Cela tient à ce que la distraction des dépens empêche, entre les parties, toute compensation du droit civil qui pourrait nuire à l'avoué du gagnant. Celui-ci peut donc réclamer 600 francs, seulement comme il en a déjà avancé 300, après avoir payé 600 francs à l'avoué de B... et pour ne pas supporter définitivement 900 francs, il réclamera 300 francs à B... Il est vrai que la compensation du droit civil peut être opposée par le cédé au cessionnaire du chef du cédant, si elle a eu lieu avant la notification ou l'acceptation de la cession, mais ici aucune compensation du droit civil n'a pu s'opérer, puisque la créance des dépens n'était pas encore liquide ni exigible avant la distraction.

La distraction des dépens supposant un jugement qui la prononce ne peut pas avoir lieu si l'affaire se termine autrement, par exemple par une transaction (1). Cependant, comme le désistement du demandeur emporte soumission à payer les frais (arg. art. 403 C. pr.) et que celui qui se désiste y est contraint par simple ordonnance du président mise au bas de la taxe, en pareil cas l'avoué du défendeur peut obtenir du juge la distraction des dépens.

La distraction admise, il est procédé à la taxe; l'ordonnance de taxe est délivrée au nom de l'avoué; celui-ci peut même prendre inscription de l'hypothèque judiciaire sur les biens du perdant, en vertu de cette ordonnance et même avant la signification de l'ordonnance de taxe (art. 5, § 3 de la loi des 21-27 décembre 1897).

On a vu que la distraction des dépens procure aux avoués des avantages notables. En leur accordant cette faveur, la loi a espéré qu'ils seraient plus facilement portés à faire des avances à leurs clients, même lorsque la solvabilité de ces clients n'est pas manifeste, si leurs prétentions paraissent bien fondées, parce qu'alors étant à peu près sûrs de gagner le procès, ils ont aussi la chance de recouvrer leurs avances directement contre le perdant. Par cela même qu'il s'agit d'une faveur exceptionnelle et que la loi l'accorde seulement aux avoués, il n'est pas possible d'en étendre le bénéfice à d'autres officiers ministériels, notamment aux huissiers.

Les effets et les conditions de la distraction des dépens étant connus, il nous est maintenant possible d'aborder la question la plus délicate, celle de savoir quelle est exactement la nature de cette opération. On a fait les réponses les plus diverses. Les uns ont vu dans la distraction des dépens un cas de subrogation légale qu'il faudrait ajouter à l'énumération de l'article

(1) Nancy, 12 février 1898, D. P. 99, 2, 86.

1251 du Code civil et qui présenterait cette particularité de ne pouvoir profiter à l'avoué qu'à la condition d'être accordée par jugement. Pour écarter cette explication, il suffit de rappeler que toute subrogation suppose l'extinction d'une dette par le paiement. Or, d'une part, on ne peut pas assimiler à un paiement les avances faites par l'avoué et, d'autre part, la dette du gagnant vis-à-vis de son avoué n'est pas éteinte, comme le déclare formellement l'article 133 du Code de procédure.

La distraction des dépens n'est pas davantage un moyen donné à l'avoué de se faire constituer dans son propre intérêt mandataire pour toucher au nom du gagnant les frais dus par le perdant. Ainsi entendue, elle ne procurerait aucun avantage à l'avoué vis-à-vis des autres créanciers du gagnant et permettrait au perdant de lui opposer tous les moyens qu'il pourrait faire valoir contre le gagnant.

Il ne peut pas être davantage question de novation, toujours par la raison que la dette du gagnant envers son avoué n'est pas éteinte ni remplacée par celle du perdant. Il vaudrait mieux dire qu'il s'agit ici d'une délégation qui n'opère pas novation (art. 1275 C. civ.) et qui, au lieu d'être faite par le créancier, le serait par le tribunal. Mais telle n'a pas non plus été la volonté du législateur.

Nous citerons à titre de simple curiosité l'opinion suivant laquelle « la distraction fait naître au profit de l'avoué un droit unique, spécial, *sui generis*, qui n'équipolle à aucun autre » (1).

Une opinion très généralement répandue consiste à envisager la distraction comme un transport ou une cession de créance dispensée des formes ordinaires, parce qu'elle est faite par jugement. C'était autrefois l'opinion de la plupart de nos anciens auteurs et elle est encore acceptée par Pigeau, un des rédacteurs du code actuel, dans son commentaire du Code de procédure (2). Le mot même de distraction paraît favoriser cette interprétation et semble bien signifier qu'on enlève au gagnant la partie de la condamnation relative aux dépens pour l'attribuer à son avoué, lequel acquiert cette créance avec tous ses accessoires, et notamment avec l'hypothèque judiciaire. L'avoué évite ainsi le concours des autres créanciers du gagnant et il n'a pas à redouter la compensation du chef des dépens, de la part du perdant, car la créance a été cédée, du moins en matière ordinaire, avant d'être liquide et exigible. Mais il résulte de ces principes qu'en cas de distraction le gagnant n'est plus créancier du perdant, du chef des dépens. De même, la créance résultant de la distraction au profit de l'avoué du gagnant contre le perdant n'est pas de plein droit productive d'intérêts, à la différence de sa créance contre son client (art. 2001 C. civ.).

Cette solution produit cependant des conséquences difficiles à justifier. S'il y a cession judiciaire de créance, n'est-on pas autorisé à en conclure que l'enregistrement peut exiger un droit de mutation ? D'un autre côté, l'avoué acquérant par cette cession l'action qui aurait appartenu à son client, il en résulte qu'il peut agir pendant trente ans contre le perdant, alors que contre

(1) Voy. l'art. de M. Bouissou, dans la *France judiciaire*, t. IV, p. 138.

(2) Rousseau de Lacombe, v° *Procureur ad lites* ; Pothier, *Contrat de mandat*, n°s 135 et suiv. ; Pigeau, p. 118.

son propre client son action est limitée à deux ans (art. 2273 C. civ.). Enfin, n'est-il pas regrettable de refuser toute action du chef de dépens au gagnant contre le perdant lorsque l'avoué se montre manifestement négligent, et cependant il faut bien admettre cette solution, puisque la créance des dépens a passé du patrimoine du gagnant dans celui de son avoué.

Pour éviter ces inconséquences, on a proposé de décider, et avec raison, qu'après tout la distraction des dépens n'est pas autre chose qu'un privilège auquel on fait produire, à raison de sa nature même, quelques-uns des effets attachés par la loi soit à l'exploit de saisie-arrêt, soit au jugement de validité. Dans notre ancien droit, le premier saisissant jouissait d'un privilège bien connu qui lui permettait de passer avant les autres créanciers parties à la saisie (1) et, à cette époque, la distraction des dépens conférait au procureur du gagnant l'avantage d'être le premier saisissant. C'est précisément ce qui se produit encore aujourd'hui. Par cela même que le jugement accorde la distraction, il place l'avoué dans une condition analogue à celle du premier saisissant et en outre, pour ce même cas, il lui maintient, par dérogation au droit commun, l'ancien privilège. Qu'on ne dise pas, comme on l'a fait, que ce privilège n'existe plus et n'est pas consacré par le Code civil. Il y a nombre de privilèges qui dérivent de lois spéciales et l'article 133 du Code de procédure a précisément pour objet de consacrer ce privilège dont ne parle pas le Code civil. Il résulte aussi de ce système que, par l'effet de la distraction, le paiement fait au gagnant n'est pas opposable à l'avoué, pas plus que la compensation du chef du gagnant. Ceux qui admettent le principe d'un transport peuvent s'appuyer sur les articles 1295 et 1680 du Code civil ; ceux qui préfèrent la notion du privilège produisant les effets de la saisie-arrêt se fondent sur les articles 1242 et 1298 du Code civil. Dans ce système, l'avoué du gagnant acquiert donc seulement un privilège vis-à-vis du perdant contre lequel il dirige l'action naissant de ce privilège. Mais comme il ne se produit aucune cession, la créance des dépens continue à exister au profit du gagnant. Celui-ci pourra donc agir contre le perdant si son avoué se montre négligent. De même, l'avoué n'a action contre le perdant que pendant deux ans, puisqu'il s'agit de sa propre créance contre le gagnant, garantie par un privilège vis-à-vis d'un tiers. Enfin il ne peut pas être question d'un droit de mutation. Cette solution, malgré certaines difficultés théoriques que soulève l'explication qu'on en donne, est encore celle qui se concilie le mieux avec les besoins de la pratique. Aussi est-elle assez souvent consacrée par la jurisprudence.

E. *Demandes provisoires* (art. 134 C. pr.). — Le jugement sur le fond peut contenir parfois en même temps des condamnations provisoires et alors il est à vrai dire à la fois définitif pour partie et provisoire pour partie. Mais le plus souvent la demande provisoire fait l'objet, au cours du procès, d'un incident spécial qui se termine, comme on l'a vu, par un jugement particulier appelé jugement provisoire. On entend par demande provisoire celle par laquelle une partie, que ce soit le demandeur ou le défendeur peu importe, sollicite habituellement une mesure urgente pour se mettre à l'abri d'un

(1) Voy. art. 178 de la coutume de Paris.

préjudice qui pourrait devenir irrévocable et qui le plus souvent résulte du procès lui-même. Telles sont : la demande d'aliments pour la durée du procès, celle de dépôt d'une somme à la caisse des dépôts et consignations, celle qui tend à la nomination d'un séquestre.

Il est cependant des demandes provisoires qui n'ont pas un caractère d'urgence, mais toutes ont pour objet d'éviter un préjudice dont on ne serait pas menacé sans le procès.

Ainsi un héritier, d'ailleurs riche, mais qui ne possède aucun des biens de la succession, peut, par des conclusions provisoires, demander une part, un lotissement provisoire à l'héritier qui possède la totalité de la succession. De même, quand le débiteur, ne conteste qu'une partie de la créance, le créancier peut, par demande provisoire, réclamer le paiement immédiat de la somme non contestée.

Les demandes provisoires peuvent être formées, soit dans l'exploit d'ajournement de la demande principale, soit même par acte postérieur de conclusions, sous forme de demande incidente. En général, la demande provisoire étant réputée urgente est jugée comme demande sommaire, c'est-à-dire sans signification d'écritures. Elle sera donc en état de recevoir jugement avant la demande du fond, surtout lorsqu'elle aura été faite dans l'exploit d'ajournement. Il y a plus : le nom même de demande provisoire fait supposer une prétention qui doit être jugée avant le fond, car autrement il semble qu'elle n'aurait plus d'intérêt une fois le fond jugé. Ainsi un fournisseur réclame 30000 francs, le client en offre 10000 ; le fournisseur demande provisoirement à toucher de suite les 10 000 francs non contestés ; ou bien encore, dans une instance en séparation de corps ou en divorce, la femme demande une provision alimentaire ; ou bien enfin, dans un procès relatif à un immeuble, le demandeur conclut à ce que cet immeuble soit provisoirement confié à un séquestre. Ne semble-t-il pas que dans ces différents cas, une fois le jugement sur le fond rendu, il n'y a plus intérêt à juger le provisoire ? Cependant l'article 134 du Code de procédure ne décide pas d'une manière absolue que les juges doivent toujours statuer d'abord sur le provisoire, ensuite sur le fond. Il établit, au contraire, une distinction : il décide que le juge doit d'abord statuer sur le provisoire quand le fond n'est pas en état, mais il ajoute que si la cause est en état sur le provisoire et sur le fond, alors le juge est tenu de statuer sur le tout par un seul jugement. Même dans ce dernier cas, le jugement sur le provisoire peut conserver une certaine utilité. D'abord il est possible que ce jugement soit susceptible aussi d'exécution provisoire, comme nous le verrons bientôt, et que cette faveur ne soit pas attachée à la condamnation sur le fond ; dans ce cas, si appel est interjeté sur le fond, cet appel arrêtera l'exécution de la partie du jugement relative au fond, mais n'empêchera pas l'exécution de la partie du jugement relative à la demande provisoire. D'un autre côté, la demande provisoire ayant occasionné des frais, il faut bien statuer sur elle, même quand la demande principale est en état, pour savoir si cette demande provisoire était fondée et qui en paiera les frais.

Nous avons, jusqu'à présent, supposé que la demande provisoire était formée, soit dans l'ajournement en même temps que la demande principale,

soit à titre d'incident au cours du procès; mais elle peut aussi parfois précéder l'instance et être portée, à la condition qu'il y ait urgence, au juge des référés qui statue par ordonnance sans préjuger au principal (art. 806 C. pr.).

F. *Exécution provisoire* (art. 135 à 138 C. pr.). — L'exécution provisoire est un bénéfice que les tribunaux peuvent ou même doivent accorder au gagnant dans les cas déterminés par la loi, et en vertu duquel ce gagnant peut exécuter immédiatement le jugement, même s'il a été attaqué par la voie de l'appel ou par celle de l'opposition. Il y a, en effet, deux sortes d'exécution provisoire, l'une qui a lieu nonobstant appel, l'autre qui se fait nonobstant opposition. Nous ne nous occuperons pour le moment que de la première et nous retrouverons la seconde à propos des jugements par défaut.

L'exécution provisoire nonobstant appel déroge à deux règles du droit commun que nous étudierons plus tard avec détail à l'occasion de l'appel, mais que nous devons tout au moins indiquer dès maintenant : d'une part, la loi, imposant une sorte de trêve aux deux parties pendant les huit jours qui suivent le prononcé du jugement, défend au gagnant d'exécuter et au perdant d'appeler durant ce délai de huitaine; d'autre part, lorsque le perdant interjette appel, cette voie de recours arrête immédiatement l'exécution, qu'elle ait été ou non déjà commencée. L'exécution provisoire déroge précisément à ces deux règles en permettant au gagnant d'exécuter le jugement même pendant la huitaine de la trêve et même après l'appel interjeté. C'est qu'en effet, dans certains cas, soit à raison de fortes probabilités en faveur du gagnant, soit à raison de l'urgence, la loi autorise l'exécution immédiate après la signification du jugement et nonobstant appel. L'exécution provisoire, à côté des avantages qu'elle présente, offre aussi des dangers : il peut arriver que le gagnant de première instance, qui a obtenu l'exécution du jugement, succombe en appel; il devra restituer sans doute tout ce qu'il a reçu, mais comment remplira-t-il cette obligation s'il est insolvable? Aussi doit-il assez souvent fournir caution. L'ordonnance de 1667 était plus rigoureuse que le code actuel : elle imposait toujours la caution à celui qui avait obtenu l'exécution provisoire nonobstant appel.

L'exécution provisoire suppose un jugement susceptible d'appel, par cela même qu'elle déroge à la règle que l'appel est suspensif. Lorsqu'un jugement est en dernier ressort, il ne peut être attaqué que par les voies de recours extraordinaires, le pourvoi en cassation et la requête civile qui n'arrêtent pas l'exécution; ce jugement étant immédiatement après sa signification susceptible d'exécution définitive, il ne peut pas être question de l'exécution provisoire. D'un autre côté, il faut bien remarquer que quand un jugement est rendu en premier ressort, ce qui empêche l'exécution, ce n'est pas le délai d'appel, mais l'appel interjeté. Tant que celui-ci n'a pas été relevé, l'exécution du jugement, n'ayant pas lieu nonobstant appel, est une exécution définitive et non pas provisoire, et elle gardera ce caractère si le délai d'appel expire sans que cette voie de recours ait été mise en mouvement.

L'exécution provisoire est légale ou judiciaire, suivant qu'elle est directement accordée par la loi ou qu'elle doit être prononcée par jugement. L'exécution provisoire légale est ainsi appelée parce que la loi la concède elle-même, de sorte que le gagnant n'est pas tenu de la demander à la justice et

que celle-ci ne l'accorde pas. Sont notamment susceptibles d'exécution provisoire légale : les jugements rendus contre les personnes qui troublent le bon ordre de l'audience (art. 89 et 90 C. pr.) ; les jugements qui prononcent sur la récusation d'un juge ou d'un expert (art. 392 et 396 C. pr.) ; les jugements qui statuent sur des réceptions de caution (art. 521 C. pr.) ; ceux qui interviennent à l'occasion de demandes à fin de compulsoire (art. 848 C. pr.) ; les ordonnance de référé (art. 809 C. pr.) (1) ; les jugements déclaratifs de faillite (art. 440 C. com.) ; les jugements rendus dans les instances où l'agent judiciaire du trésor est partie (loi du 11 fructidor an V, art. 1er). Pour les jugements commerciaux, il y a controverse à cause de la rédaction amphibologique de l'article 439 du Code de procédure ; les uns veulent qu'ils soient susceptibles d'exécution provisoire légale (2) tandis que, d'après d'autres, l'article 439 aurait en vue l'exécution provisoire judiciaire.

L'exécution provisoire judiciaire est celle qui résulte du jugement ; elle est tantôt impérative, tantôt facultative pour le tribunal. Lorsqu'elle est impérative, le tribunal est tenu de l'accorder sans caution à la charge du gagnant ; lorsqu'elle est facultative, le tribunal jouit d'un pouvoir discrétionnaire, soit pour accorder, soit pour refuser la caution et, s'il l'accorde, il peut mettre la condition que le gagnant fournira caution comme il a le droit de l'en dispenser. Mais, dans tous les cas, que l'exécution provisoire judiciaire soit impérative ou facultative pour le tribunal, celui-ci ne doit ou ne peut l'accorder qu'à la condition qu'elle lui soit demandée, autrement il statuerait *ultra petita* et pour ce seul motif son jugement pourrait être porté en appel.

Le tribunal est obligé d'accorder l'exécution provisoire et sans caution, par cela seul qu'elle lui est demandée, dans les trois cas suivants :

1° « S'il y a titre authentique. » La première question qui se présente est celle de savoir comment un créancier ayant titre authentique peut être amené à saisir le tribunal. La difficulté n'est qu'apparente ; titre authentique n'est pas synonyme de titre exécutoire. Il peut très bien arriver qu'un créancier ait un titre authentique non exécutoire, par exemple un procès-verbal de conciliation, et alors si le débiteur ne s'acquitte pas spontanément de sa dette, pour recourir aux voies d'exécution forcée, le créancier est obligé de demander un jugement qui sera revêtu de la formule exécutoire et le tribunal devra accorder l'exécution provisoire si elle lui est demandée. Il y a plus : le créancier, même muni d'un acte notarié, est obligé de recourir à la justice, toutes les fois que le fond de son droit est contesté et, alors encore, le jugement qui reconnaîtra ce droit bien fondé accordera au créancier l'exécution provisoire s'il l'a demandée. La loi admet l'exécution provisoire dans ce premier cas, par tradition de notre ancien droit qui disait déjà : « Provision est due au titre », c'est-à-dire au titre écrit et de tous les titres écrits, le plus favorisé est, sans contredit, le titre authentique. Mais il va sans dire qu'il faut supposer un titre authentique dont la force probante n'est pas contestée.

(1) Aussi n'est-il pas nécessaire que le juge s'occupe de l'exécution provisoire dans son ordonnance, à moins qu'il ne subordonne son exécution à une caution. Grenoble, 27 février 1899, D. P. 99, 2, 523.

(2) Civ. rej., 17 janvier 1865, D. P. 65, 1, 56 ; req., 22 janvier 1867, D. P. 67, 1, 334.

Lorsqu'une inscription de faux est dirigée contre un titre authentique, sa force probante est suspendue à partir d'un certain moment que nous préciserons à propos de la procédure de faux incident civil, et tant que dure cette procédure, il ne peut plus être question d'accorder à celui qui invoque l'acte le bénéfice de l'exécution provisoire (1). Il faut attendre que le tribunal saisi de la demande en faux ait statué : si le faux est admis, l'acte perd toute force probante, exécutoire ou autre et il ne peut plus être question d'exécution provisoire au profit de celui qui l'invoquait; si l'acte est reconnu sincère, il reprend tous ses effets et autorise par cela même à demander l'exécution provisoire.

La jurisprudence assimile volontiers à un acte authentique tout fait affirmé par l'une des parties à son profit et non contesté par l'autre. Tel est le cas où, dans une question de succession, tous les plaideurs reconnaissent à l'un d'entre eux la qualité de fils du défunt (2), ou bien encore lorsqu'en matière mobilière l'un invoque la possession de l'article 2279 du Code civil que l'autre ne lui conteste pas. Cette interprétation extensive est très contestable. L'exécution provisoire, étant un bénéfice exceptionnel, ne saurait être étendue d'un cas à un autre, même sous prétexte d'analogie. L'esprit du Code est de n'accorder cette faveur qu'au titre écrit, suivant l'ancienne jurisprudence et il est tout à fait arbitraire d'assimiler à un titre écrit un fait non contesté. Il semble, au contraire, qu'on doive admettre l'exécution provisoire du jugement, même s'il prononce la résolution d'un contrat authentique, car cette résolution n'est qu'une conséquence du contrat (3).

2° « S'il y a promesse reconnue. » Ici la loi s'occupe de l'acte sous seing privé, qu'elle désigne sous le nom de promesse reconnue. Cet acte fait la même foi entre les parties que l'acte authentique, lorsqu'il est reconnu sincère par la partie contre laquelle il est invoqué. Si cette partie le dénie ou le méconnaît, alors cet acte ne pourra avoir force probante que si sa sincérité est prouvée par celui qui l'invoque dans la procédure de vérification d'écritures. Le tribunal ne pourra donc ordonner l'exécution provisoire que dans deux cas où l'acte sous seing privé a force probante : s'il est reconnu sincère par la personne à laquelle on l'oppose ; si celle-ci ayant contesté sa sincérité le gagnant a prouvé le contraire. Il n'est pas inutile d'ajouter qu'aux termes de la loi le défendeur, qui fait défaut dans la procédure de vérification d'écritures, est considéré comme reconnaissant cette écriture (art. 194 C. pr.). Il y a donc encore lieu, dans ce cas, d'ordonner l'exécution provisoire si elle est demandée (4).

3° « S'il y a condamnation précédente, par jugement dont il n'y ait point appel. » Comment comprendre une instance nouvelle, puisqu'il y a déjà eu un jugement ? Il suffit de supposer que ce jugement soulève des difficultés d'interprétation ou d'exécution; pour les lever, on revient devant le tribunal

(1) Voy. arg. art. 1829 C. civ.

(2) Paris, 1er octobre 1873, D. P. 74, 2, 187; voy. *contra* les observations sous D. P. 73, 1, 26, note 5.

(3) Bordeaux, 19 juin 1835, S. 35, 2, 201; civ. rej., 25 mai 1852, D. P. 52, 1, 279; par *a contrario*, trib. de Gray, 1er mars 1883, D. P. 83, 3, 109.

(4) Poitiers, 7 avril 1837, D. P. 37, 2, 171; Chauveau, v° *Question* 579.

qui a déjà statué et alors ce tribunal, si le gagnant le demande, doit prononcer l'exécution provisoire sans caution. La loi suppose que ce jugement n'a pas été attaqué par la voie de l'appel. Si, en effet, il y avait eu appel, les difficultés d'interprétation seraient portées à la Cour toutes les fois qu'elle aurait rendu un arrêt infirmatif et il ne pourrait plus être question d'exécution provisoire, puisqu'elle est étrangère aux décisions de justice qui, comme les arrêts des cours, ne sont pas susceptibles d'appel. Mais la loi n'a pas songé au cas où les juges du second degré, au lieu d'infirmer le jugement de première instance, l'ont confirmé. Dans ce cas, comme ce jugement est resté debout, c'est encore au tribunal du premier degré que sont portées les difficultés d'interprétation ou d'exécution et c'est donc à ce tribunal que sera demandée l'exécution provisoire (arg. art. 472 C. pr.).

On remarquera que, dans ces trois cas, l'exécution provisoire suppose un titre écrit d'une valeur exceptionnelle, et c'est ce qui fait que la loi oblige le tribunal à ordonner l'exécution provisoire dès qu'elle lui est demandée et défend au juge d'exiger une caution. Dans les trois cas, on répète : « Provision est due au titre. »

Nous arrivons maintenant à l'exécution provisoire facultative qui doit aussi être demandée et que le tribunal est libre d'accorder ou de refuser, et qu'à son choix il peut accorder avec ou sans caution. Elle se présente dans les cas suivants qui sont parfois assez mal exposés par la loi (art. 135 C. pr.) :

1° En matière d'apposition et levée de scellés ou confection d'inventaire. Ce cas sera peu pratique, parce que cette matière est toujours urgente et qu'on peut aussi s'adresser au juge des référés dont les ordonnances sont légalement exécutoires par provision (art. 805, 921, 928, 944 C. pr.)

2° En matière de réparations urgentes. La difficulté s'élèvera le plus souvent entre bailleur et locataire ou fermier ou entre nu propriétaire et usufruitier. Comme dans ce second cas il y a encore urgence, on préférera, de même que dans le précédent, s'adresser au juge des référés dont la décision sera de plein droit exécutoire par provision.

3° En matière d'expulsion des lieux « lorsqu'il n'y a pas de bail ou que le bail est expiré ». La formule de la loi est ici très défectueuse et demande à être interprétée avec une certaine attention. Comment a-t-elle pu, en premier lieu, parler d'un cas où il n'y a pas de bail entre un bailleur et un locataire ? Elle a, évidemment, mal exprimé sa pensée et a voulu dire : lorsqu'il n'y a pas de bail écrit. Mais ce mot *écrit*, sous-entendu dans la loi, a lui-même besoin d'être expliqué. Il est, en effet, pris dans deux sens différents suivant les cas : tantôt on entend par bail écrit celui qui est effectivement constaté par écrit authentique ou sous seing privé, et par bail verbal celui qui ne peut pas être prouvé de cette manière ; tantôt bail écrit signifie bail fait pour une certaine période, par exemple pour trois, six, neuf années, par opposition au bail fait suivant l'usage des lieux. C'est à ce dernier point de vue que notre article 135 s'est placé. Il a donc voulu dire que le tribunal pouvait accorder l'exécution provisoire avec ou sans caution, soit lorsque le bail serait fait suivant l'usage des lieux, soit lorsque le bail serait fait pour un certain temps et que ce temps serait expiré. Mais il semble bien que le législateur ait oublié la disposition qu'il venait d'édicter pour le cas où il existe un écrit non

contesté, qui oblige le tribunal à accorder l'exécution provisoire sans caution. L'exécution provisoire facultative ne s'appliquera donc qu'autant que le bail n'est pas constaté par écrit authentique ou sous seing privé, cas excessivement rare dans la pratique (1).

4° Lorsqu'il s'agit de séquestres, de commissaires ou de gardiens. On appelait autrefois commissaires les gardiens d'immeubles saisis; ces commissaires n'existent plus aujourd'hui et la loi aurait mieux fait de n'en pas parler (2).

5° En matière de réception de caution et de certificateur. On appelle certificateur de caution, la caution d'une caution, laquelle est, en effet, quelquefois exigée par la loi. Cette disposition de notre article contient une erreur que le législateur a lui-même rectifiée dans l'article 521 du Code de procédure, où il nous apprend que les jugements rendus en matière de réception de caution sont légalement exécutoires par provision et de plein droit.

6° En matière de nomination de tuteurs et autres administrateurs et de reddition de compte (art. 440 C. civ.). En parlant de reddition de compte, le législateur a en vue le jugement qui ordonne la reddition de compte et le jugement qui l'approuve (art. 530 et 540 C. pr.).

7° En matière de pensions et de provisions alimentaires. On sait que ces deux termes ne sont pas synonymes. La provision alimentaire est temporaire de sa nature (3), la pension est viagère.

Cette énumération de l'article 135 du Code de procédure est manifestement limitative (4). Dans le projet du code, après cette énumération, le législateur permettait aux juges d'ordonner, dans tous les cas où ils le croiraient juste, l'exécution provisoire, mais avec caution. Cette disposition a été supprimée dans l'intention de limiter l'exécution provisoire aux cas énumérés par l'article 135 du Code de procédure. Il faut donc refuser l'exécution provisoire dans les autres cas et notamment s'il s'agit d'un jugement qui, au lieu d'accorder une provision alimentaire, concède une provision *ad litem* ou bien encore si le jugement ordonne une provision qui représente une partie de la créance et n'a aucun caractère alimentaire (5). D'une manière plus générale, il faut affirmer que les jugements provisoires, n'étant pas mentionnés

(1) Caen, 25 octobre 1856, S. 57, 2, 574.

(2) Nous verrons cependant que le président des référés peut nommer un séquestre à l'immeuble saisi à la demande des créanciers (art. 681 C. pr.).

(3) La provision alimentaire, allouée au cours et pour la durée du procès, est souvent improprement appelée pension alimentaire; le mot de pension doit être exclusivement réservé au cas où la pension a un caractère permanent. L'exécution provisoire pour cause d'aliments suppose-t-elle une dette alimentaire résultant de la parenté ou de l'alliance ou peut-on l'ordonner même dans le cas où la dette alimentaire repose sur une autre cause? Voy. dans le premier sens, Rouen, 13 août 1898, D. P. 99. 2, 498 ; dans le second sens, Paris, 7 juillet 1898, *ibid.*

(4) Quelques arrêts assimilent au titre authentique le texte même de la loi qui sert de base à la demande, mais c'est une interprétation abusive; d'autres vont même encore plus loin et décident que le motif d'urgence peut autoriser les juges à ordonner même d'office l'exécution provisoire, notamment au cours d'incidents sur la garde des enfants en matière de divorce. Amiens, 10 août 1893, D. P. 93, 2, 580; Paris, 21 janvier 1895, D. P. 95, 2, 168 et note 4.

(5) Lyon, 10 mars 1883, D. P. 84, 2, 67; Rennes, 30 juillet 1894, D. P. 96, 2, 281, et ma note.

dans l'article 135 du Code de procédure, ne sont pas par eux-mêmes et à raison de ce caractère susceptibles d'exécution provisoire; ils ne la comportent qu'autant qu'ils ont été rendus dans l'un des cas de l'article 135 du Code de procédure.

La demande d'exécution provisoire peut être formée en tout état de cause, jusqu'à la clôture des débats, en matière ordinaire comme en matière sommaire. La section de législation du Tribunat aurait voulu qu'en matière sommaire l'exécution provisoire fût toujours de droit (1).

On a vu qu'en cas d'exécution provisoire facultative pour le tribunal, celui-ci peut n'accorder cette faveur au gagnant qu'à charge pour lui de fournir caution; mais il faut alors une disposition formelle du jugement sur ce point. Le silence du jugement vaut dispense de caution.

Lorsque le tribunal a exigé une caution, il ne faudrait pas croire que le gagnant soit tenu de fournir immédiatement cette caution; il devrait sans doute la donner s'il voulait déjà exécuter pendant la huitaine de la trêve; mais après l'expiration de cette huitaine, il peut commencer l'exécution sans être tenu de fournir caution tant que le perdant n'interjette pas appel. L'exécution n'a pas ce caractère d'être provisoire par cela seul qu'on se trouve dans les délais d'appel; elle ne le prend que si l'appel est interjeté.

Le tribunal ne pourrait pas, par un second jugement, arrêter l'exécution provisoire, pas plus qu'il ne pourrait l'ordonner par un jugement distinct de celui qui a statué sur la contestation; c'est la conséquence de ce que le tribunal est dessaisi, comme nous le verrons bientôt (art. 136). Si donc la partie qui avait droit à exécution provisoire a oublié de la demander ou que les juges aient omis de statuer sur cette exécution provisoire, dans les deux cas elle ne peut plus être accordée par un second jugement. Nous avons déjà rencontré une disposition semblable pour le délai de grâce. Il est de principe que toute modification de l'exécution de la condamnation ne peut avoir lieu que par le jugement même qui prononce cette condamnation. Dans le cas où l'exécution provisoire n'a pas été ordonnée par la faute du tribunal qui a omis de statuer sur les conclusions du gagnant, en appel l'intimé peut la faire ordonner sur un simple acte à l'audience et avant le jugement d'appel (art. 458 C. pr.).

Faut-il étendre, par analogie, cette solution au cas où c'est, non plus le tribunal, mais le gagnant lui-même qui a oublié de demander l'exécution provisoire dans ses conclusions? C'est ce que nous examinerons à propos de l'appel.

L'exécution provisoire ne peut jamais être ordonnée pour les dépens, même dans les cas où elle est ordonnée pour le principal (art. 137 C. pr.); c'est qu'en effet l'exécution de la condamnation aux dépens n'est jamais urgente. Cette disposition de l'article 137 est-elle bien utile en présence de l'énumération limitative de l'article 135? L'article 137 du Code de procédure était surtout important dans le projet, qui permettait aux juges d'accorder toujours l'exécution provisoire; alors il était utile pour excepter les dépens. Aujourd'hui, les dépens n'étant pas compris dans l'article 135 du Code de procédure, il va de soi qu'on ne peut pas en ordonner l'exécution provisoire.

(1) Locré, t. XXXI, p. 283.

Cependant on a dit qu'il était nécessaire de la déclarer par un article spécial, parce qu'on aurait pu croire que la condamnation aux dépens comportait exécution provisoire dans tous les cas où ce bénéfice s'attache à la condamnation principale, en vertu de ce vieil adage que l'accessoire suit la nature du principal.

L'exécution provisoire ne peut pas être ordonnée pour les dépens, même quand la condamnation aux dépens est prononcée à titre de dommages-intérêts. Nous avons vu dans quels cas les dépens prennent ce caractère : c'est ce qui a lieu lorsque le gagnant, tout en obtenant le bénéfice du jugement sur le fond, doit des dommages-intérêts au perdant à raison d'un tort qu'il lui a injustement causé; dans ces circonstances le tribunal, renversant la règle ordinaire, condamne le gagnant aux dépens à titre de dommages-intérêts au profit du perdant.

Il peut très bien arriver que l'exécution provisoire ayant été accordée, le perdant fasse ensuite réformer le jugement en appel. Il n'est pas douteux qu'il aura droit à la restitution de tout ce qu'il avait payé par l'effet de l'exécution provisoire, et cette restitution sera même, dans certains cas, garantie par une caution que le gagnant a dû fournir sur l'ordre du tribunal. Tous les actes d'exécution provisoire doivent en effet tomber. Mais celui qui avait obtenu cette exécution provisoire, c'est-à-dire le gagnant de première instance, qui succombe en appel, pourra-t-il en outre être condamné à des dommages-intérêts au profit de son adversaire? La jurisprudence décide d'une manière absolue, sans distinguer entre le cas de bonne foi et celui de mauvaise foi, que le gagnant de première instance qui succombe en appel peut toujours être condamné à des dommages-intérêts, en réparation du préjudice causé par l'exécution provisoire : elle en donne pour raison que cette partie, en demandant l'exécution provisoire, a agi à ses risques et périls (1). Cette solution ne nous paraît pas en accord avec la théorie générale des dommages-intérêts (art. 1382 C. civ.). Celui qui demande l'exécution provisoire ne fait qu'user de son droit, du moment qu'il se trouve dans un des cas de l'article 135 du Code de procédure et celui qui use de son droit peut sans doute nuire à autrui, mais il ne le fait pas injustement et ne doit pas, dès lors, la réparation du préjudice, du moment qu'il a demandé et obtenu de bonne foi l'exécution provisoire. Il en serait autrement s'il avait été de mauvaise foi, s'il avait demandé l'exécution provisoire en dehors des cas de l'article 135 du Code de procédure et induit le tribunal en erreur, ou encore s'il ne pouvait se faire aucune illusion sur le résultat du procès en appel; dans ces différents cas, il aurait commis une faute et en devrait la réparation.

Une autre question controversée se présente pour le cas inverse où la sentence est confirmée et où le gagnant a fourni caution, en versant à la caisse des dépôts et consignations une somme plus ou moins forte et par exemple une somme égale au montant de la condamnation. En retirant la somme consignée, le gagnant peut-il demander au perdant la différence entre l'intérêt que paie la caisse des dépôts et consignations et l'intérêt légal, pour la durée du temps pendant lequel la somme est restée consignée ? Il y a des arrêts dans les deux sens, mais il ne faut pas, à notre avis, hésiter à

(1) Req., 27 avril 1864, D. P. 64, 1, 303.

repousser pareille prétention du gagnant, car la caution était une condition de l'exercice de son droit (1).

Une autre question restée plus obscure est celle de savoir ce que doit faire le tribunal lorsqu'il est saisi, par le demandeur, de conclusions tendant à l'obtention de l'exécution provisoire et, par le défendeur, de la demande d'un délai de grâce. Peut-il satisfaire à ces deux demandes ou, par cela seul qu'il accueille l'une, ne repousse-t-il pas l'autre? Il faut distinguer. Si l'on se trouve dans l'un des trois cas où l'article 135 du Code de procédure oblige le tribunal à accorder l'exécution provisoire au demandeur qui gagne le procès et qui la demande, le tribunal ne peut pas accorder en même temps un terme de grâce au défendeur qui succombe, car ce terme de grâce mettrait obstacle à l'exécution provisoire. Mais s'il s'agit d'un cas où le tribunal est libre d'accorder ou de refuser l'exécution provisoire, il peut combiner les deux mesures, pourvu qu'il le fasse sans les mettre en contradiction l'une avec l'autre et, par exemple, il peut décider qu'il accorde d'abord un délai de quinze jours au perdant et qu'au bout de ce temps, s'il n'a pas exécuté son obligation, le gagnant aura le droit de procéder avec l'exécution provisoire.

Nous avons jusqu'à présent supposé que l'exécution se poursuivait entre les parties, mais parfois elle est demandée à un tiers, par exemple à l'officier de l'état civil en matière de mariage, au conservateur des hypothèques en matière de radiation d'inscription hypothécaire. Dans ces circonstances, l'exécution provisoire étant de nature à porter un préjudice irrémédiable au perdant, la jurisprudence décide que même les jugements exécutoires par provision ne peuvent cependant être exécutés contre les tiers que sous des conditions déterminées par les articles 548 et suivants (2); elle en donne pour raison que les dispositions de ces articles sont générales et n'établissent aucune distinction; mais on doit voir sans peine que cette solution revient à dire que, dans la mesure où un jugement doit être exécuté par un tiers, il n'est pas susceptible d'exécution provisoire.

Telles sont les dispositions accessoires, mais cependant importantes, qui peuvent se trouver dans un jugement et qu'énumère le législateur au titre des jugements. Mais il en est encore plusieurs autres dont la loi ne s'occupe pas ici, soit à cause de la rareté de leur application, soit parce qu'elles se rattachent mieux à certaines matières spéciales. Ainsi un jugement peut donner acte d'offres ou d'aveux faits par une partie ou par son avoué; condamner une partie à fournir caution; admettre une réception de caution (art. 517 C. pr.); annuler des procédures frustratoires (art. 1031 C. pr.); prononcer des injonctions; supprimer des écrits; les déclarer calomnieux; ordonner l'impression et l'affichage du jugement (art. 1036 C. pr.), etc.

## § 66. Rédaction des jugements (art. 138 à 147 C. pr.).

Pendant longtemps, au moyen âge, les jugements ne furent pas officiellement rédigés par écrit, mais certains praticiens, dans les juridictions les plus

(1) *Contra* Paris, 13 janvier 1893, D. P. 93, 2, 554; Paris, 21 juin 1893, D. P. 95, 2, 500.

(2) Voy. *Jur. gén.*, v° *Saisie-arrêt*, n° 397 et v° *Jugement* n° 533, 2.

importantes, en relevaient le résumé dans des recueils fort utiles aux avocats et aux procureurs. L'ordonnance de 1463 (art. 17) obligea les juges à « bailler aux greffiers de leurs cours, en escrit, le brief ou *dictum* de leur sentence ; lequel brief ou *dictum* ledit greffier sera tenu de garder par devers lui et de l'enregistrer ». Dans la suite, la législation se compléta et la rédaction du jugement fut exposée avec soin dans le titre XXVI de l'ordonnance de 1667, dont s'est souvent inspiré le législateur du Code de procédure.

Nous avons vu précédemment que le jugement, tel qu'il a été rédigé, peut cependant être encore modifié par les juges, tant qu'il n'a pas été prononcé en audience publique; jusqu'à ce moment, les juges ont la faculté de revenir sur leur opinion. Le jugement est prononcé par le président en présence de tous les juges qui y ont pris part et en audience publique, même lorsque l'affaire a été, en chambre du conseil, instruite par écrit ou plaidée à huis clos (1).

Lorsqu'un jugement a été ainsi prononcé en audience publique, il ne peut pas être immédiatement mis à exécution par la partie qui l'a obtenu ; il faut encore qu'il ait été rédigé, puis signifié.

Tout jugement se compose de deux éléments principaux et distincts, la minute et les qualités ; l'une est l'œuvre des juges, l'autre est l'œuvre des avoués. La minute n'est donc pas, à elle seule, un jugement complet; elle ne forme qu'une des deux parties du jugement. La minute contient les noms des juges, du procureur de la République ainsi que des avoués, les noms, professions et demeures des parties, leurs conclusions, l'exposé sommaire des points de fait et de droit, les motifs et le dispositif (art. 141 C. pr.). Telle est du moins l'énumération de la loi (2). On ajoute aussi aux noms des avoués ceux des avocats et celui du greffier, bien que la loi n'en parle pas. Il faut aussi mentionner que le jugement a été rendu en audience publique (loi du 20 avril 1810, art. 7.). Quoique la loi ne le dise pas dans l'article 141 du Code de procédure, on exige encore que le jugement soit daté; cela résulte manifestement d'autres dispositions qui attribuent d'importants effets à cette date (art. 449, 492, 1038 C. pr.). Nous verrons bientôt que la minute doit être signée du président et du greffier.

Cette minute est préparée par le greffier sous la dictée ou plus généralement sur les notes du président. Elle peut être écrite en entier sur la feuille d'audience (3), même par un commis non assermenté, mais elle doit être

(1) Les jugements de chambre du conseil de juridiction gracieuse, seuls, ne sont pas rendus en audience publique; Paris, 20 juin 1874, D. P. 76, 2, 139 et le rapport de M. le conseiller Sénart.

(2) Dans la pratique, les prénoms, professions et demeures des parties se trouvant énoncées dans les qualités qui précèdent le jugement, ne figurent pas dans la minute. Quant aux conclusions des parties aux points de fait et de droit, ils sont également insérés dans les qualités, mais la minute, sans être tenue d'en reproduire les termes, doit les analyser pour statuer en fait et en droit sur tous les points soumis au tribunal.

(3) Les feuilles d'audience contenant les minutes des jugements rendus sont, à Paris tout au moins, reliées en volumes qui sont conservés aux archives du greffe ; il ne faut pas confondre la feuille d'audience avec le plumitif, qui est un registre tenu par le greffier, résumant en un procès-verbal journalier tous les faits qui se sont passés à l'audience, appel des causes, remises, plaidoiries, délibérés, jugements, etc. ; les énonciations de ce registre n'ont pas le caractère d'authenticité qui s'attache à la minute seule.

signée par le greffier ou le commis greffier qui a tenu la plume à l'audience (circulaire ministérielle du 22 mars 1833). Cet acte étant particulièrement important, la loi a soumis sa rédaction à des formalités minutieuses; elle oblige le greffier à dresser la minute du jugement aussitôt qu'il a été rendu et d'y mentionner en marge les noms des juges et du procureur de la République. Le magistrat qui a présidé l'audience doit vérifier la minute à l'issue de cette audience ou dans les vingt-quatre heures; il signe, ainsi que le greffier, chaque minute et les mentions faites en marge (art. 138 C. pr. et décret du 30 mars 1808, art. 6). Si par l'effet d'un événement quelconque le président se trouve dans l'impossibilité de signer la feuille d'audience, elle doit l'être, dans les vingt-quatre heures suivantes, par le plus ancien des juges qui ont pris part à l'affaire. Dans le cas où l'impossibilité de signer se produirait de la part du greffier, il suffirait que le président en fit mention en signant, cette formalité étant secondaire, tandis que la signature du président est nécessaire pour l'existence même du jugement (décret du 30 mars 1808, art. 37). Si les feuilles d'une ou de plusieurs audiences n'avaient pas été signées dans les délais, il devrait en être référé à la première chambre de la cour d'appel, laquelle pourrait, suivant les circonstances et sur les conclusions du minislère public, autoriser un des juges à les signer (décret du 30 mars 1808, art. 37).

D'autres mesures ont encore été prises pour assurer l'exacte tenue des minutes. Ainsi, comme le jugement n'a aucune authenticité avant la signature du président, la loi défend au greffier d'en délivrer expédition, tant qu'il n'est pas signé, sous peine d'être poursuivi comme faussaire (art. 139 C. pr.). En effet, en pareil cas, le greffier commet un véritable faux, car l'expédition qu'il délivre doit mentionner que le président a signé la minute. De leur côté, les officiers du ministère public sont chargés de surveiller la rédaction et la conservation des minutes; ils doivent se les faire représenter tous les mois, relever les irrégularités qui auraient été commises et en dresser procès-verbal (art. 140 C. pr.).

Les motifs sont une des parties les plus importantes de la minute. Ce sont les raisons que donne le tribunal pour justifier sa décision. Dans notre ancienne jurisprudence, les jugements n'étaient pas motivés; ils l'avaient été autrefois dans les tribunaux ecclésiastiques et même parfois dans les justices royales vers le XIVe siècle, mais ensuite on avait perdu cet usage et l'ordonnance de 1667 ne le fit pas revivre. Aussi les jugements de nos anciennes juridictions, ne contenant que des décisions sans raisons à l'appui, n'ont jamais eu au point de vue de la doctrine et de la science juridique l'importance qu'on attache aujourd'hui à juste titre aux arrêts de la Cour de cassation et à certains arrêts des cours d'appel. La loi des 16-24 août 1790 (tit. VI, art. 15) exigea comme condition essentielle du jugement des motifs explicatifs et la loi du 20 avril 1810 (art. 7) a déclaré que tout jugement non motivé ou insuffisamment motivé serait entaché de nullité. Cette innovation ne saurait être trop approuvée : il ne suffit pas que les juges soient justes; il faut encore qu'ils en donnent la preuve. La règle qui oblige les juges à motiver leurs décisions s'applique en principe à tous les jugements: aux jugements de répression ou administratifs comme aux jugements civils; aux

jugements par défaut comme aux jugements contradictoires, car de ce qu'une partie fait défaut ce n'est pas une raison pour qu'elle soit condamnée sur les conclusions de son adversaire; même aux jugements provisoires, lesquels ont un caractère définitif sur les points qu'ils décident; même aux jugements interlocutoires, car ils préjugent le fond. Notre règle emporte cependant quelques exceptions. Il est admis que les jugements préparatoires, ayant pour objet d'ordonner une mesure d'instruction et ne nuisant à aucune des parties, sont suffisamment motivés par le besoin des juges d'arriver à la découverte de la vérité. Il n'est pas non plus nécessaire de motiver les jugements qui sont en réalité de simples actes judiciaires, comme ceux qui prescrivent la remise d'une cause, qui donnent acte d'un serment, qui prononcent une adjudication sans qu'il y ait eu aucun incident contentieux, qui donnent congé au défendeur en cas de défaut du demandeur sans statuer sur le fond, qui donnent acte de réserve à une partie (1). Les jugements gracieux n'ont pas besoin non plus d'être motivés et la loi fait une application de ce principe en matière d'adoption dans l'article 356 du Code civil.

Il ne suffit pas que les motifs soient apparents; il faut encore qu'ils soient sérieux. Trop souvent, les juges ne font qu'une pétition de principe et rendent ainsi des jugements en réalité non motivés entachés de nullité. Tels sont les cas dans lesquels les juges s'expriment ainsi : « Attendu que la prescription n'est pas acquise... »; il faudrait ajouter pour quelle raison elle ne l'est pas. C'est encore commettre une pétition de principe que de dire : « Attendu qu'un tel est héritier... », lorsque la question est précisément de savoir s'il est héritier. La même observation s'applique dans le cas où un débiteur ayant produit des titres pour établir sa libération, le tribunal dit dans ses motifs : « Attendu qu'un tel n'a pas prouvé l'extinction de sa dette... ». Il serait facile et fastidieux de multiplier les exemples. On les trouve en grand nombre dans les recueils de jurisprudence. L'absence ou l'insuffisance des motifs est la cause la plus fréquente de pourvois en cassation. Il ne se passe pas de semaine que la Cour de cassation n'annule pour défaut de motifs, et les recueils de jurisprudence abondent en exemples de cassation de ce genre. On ne saurait trop recommander aux juges de surveiller la rédaction de leurs motifs qui ne doivent jamais être ni trop brefs, car ils risqueraient de devenir insuffisants, ni trop longs, car ils formeraient de véritables dissertations. Que dire de cette décision d'une certaine juridiction qui fut motivée par la raison que la prétention de la partie n'avait pas le sens commun (2)?

Il n'est pas à craindre que cet exemple soit imité, mais il en est un autre dont on fait un usage fréquent dans les tribunaux d'appel et qui est particulièrement dangereux. Trop souvent, ces tribunaux d'appel, s'ils maintiennent la décision des premiers juges, se bornent à motiver leurs jugements ou arrêts en disant : « Adoptant les motifs des premiers juges... ». Cette formule est sans doute suffisante s'il ne s'est produit aucun fait nouveau en cause d'appel et si les motifs des premiers juges sont réguliers (3). Mais si ces motifs sont nuls, le jugement d'appel devient nul à son tour. De même,

(1) Civ. rej., 25 mai 1897, D. P. 98, 1, 37.
(2) S. 33, 2, 414.
(3) Voy. en dernier lieu sur ce point, req., 2 mai 1899, D. P. 1900, 1, 391.

fort souvent, en appel la preuve est faite par des moyens nouveaux, dont on ne s'était pas servi en première instance ou bien encore des demandes nouvelles sont faites en cause d'appel, parce que la loi les permet à titre exceptionnel et, dans ces deux cas, si les juges d'appel emploient la formule : « adoptant les motifs des premiers juges... », leur décision est insuffisamment motivée, puisqu'elle ne peut se rapporter ni aux faits nouveaux, ni aux demandes nouvelles. C'est ce qu'a maintes fois jugé la Cour de cassation (1).

Il importe, cependant, de ne pas se montrer plus rigoureux que la loi elle-même, et la Cour de cassation a établi plusieurs principes qui empêchent d'abuser de la cassation pour absence ou insuffisance de motifs. Elle admet notamment que les motifs peuvent être implicites ; les motifs sur un chef particulier du jugement n'ont pas besoin d'être exprès ; ils peuvent résulter de l'ensemble des considérants ; par exemple, est suffisamment motivé l'arrêt qui, prononçant une condamnation à des dommages-intérêts, n'en donne pas de motifs exprès, pourvu que les motifs de la condamnation résultent clairement de l'ensemble des motifs de l'arrêt rapprochés de son dispositif (2).

Il faut au moins un motif pour chaque chef de demande; si un chef est abandonné, il suffit de le constater sans s'expliquer davantage. Cependant, une disposition peut être motivée simplement par les motifs d'une autre, dont elle n'est que l'accessoire ou le corollaire; ainsi, celui qui succombe est condamné aux dépens et même en appel à une amende ; ces condamnations n'ont pas besoin d'être motivées en termes exprès. Lorsqu'une partie pose à la fois et des conclusions principales et des conclusions subsidiaires, si le tribunal admet les conclusions principales, il n'est pas nécessaire qu'il motive formellement le rejet des conclusions subsidiaires, qui est la conséquence nécessaire de l'adoption des conclusions principales (3) ; si le tribunal rejette les conclusions principales et admet les conclusions subsidiaires, il faut motiver le rejet des unes et l'admission des autres ; si le tribunal rejette le tout, il faut encore qu'il s'explique sur les conclusions principales et sur les conclusions subsidiaires. Il arrive quelquefois que les parties font des réserves dans leurs conclusions, mais ces réserves ne saisissent pas le juge,

(1) Civ. rej., 3 août 1887, D. P. 87, 5, 288 ; civ. rej., 15 mars 1893, D. P. 95, 1, 171 ; civ. rej., 2 août 1893, D. P. 94, 1, 11 ; civ. cass., 9 août 1893, D. P. 94, 1, 213 ; civ. cass., 23 avril 1898, D. P. 98, 1, 392 ; civ. cass., 4 avril 1898, D. P. 98, 1, 418 ; civ. cass., 16 février 1898, D. P. 98, 1, 160 ; civ. cass., 1er février 1899, D. P. 99, 1, 80 ; civ. cass., 15 mai 1899, D. P. 99, 1, 408 ; civ. cass., 9 novembre 1898, D. P. 99, 1, 102 ; civ. cass., 23 janvier 1899, D. P. 99, 1, 189 ; civ. cass., 22 novembre 1898, D. P. 99, 1, 104 ; civ. cass., 27 juillet 1898, D. P. 99, 1, 450.

(2) Req., 8 août 1872, S. 72, 1, 425. L'arrêt qui refuse d'autoriser un paiement en se fondant sur ce que la condition sous laquelle ce paiement devait avoir lieu n'est pas accomplie, motive suffisamment le rejet qu'il fait de la demande à la fois pour le principal et les intérêts ; req., 22 janvier 1872, S. 72, 1, 424. De même, le rejet des conclusions tendant à une enquête ou à une expertise, motive par lui-même et comme conséquence nécessaire celui des conclusions additionnelles contenant une offre de preuve subordonnée à l'admission de l'enquête ou de l'expertise (req., 3 décembre 1872, S. 73, 1, 15). Lorsque les conclusions d'une partie sont conçues en termes vagues, sans être appuyées d'aucun motif, ni accompagnées d'aucune justification, les juges du fait peuvent, sans encourir de reproche, les rejeter en les déclarant purement et simplement « mal fondées ». Cass., 16 janvier 1899, *France judiciaire*, 1899, p. 232.

(3) Civ. rej., 21 juin 1869, D. P. 70, 1, 129 ; req., 4 avril 1887, D. P. 88, 1, 414.

de sorte que les parties ne sont pas fondées à se plaindre de ce que le tribunal n'a pas prononcé sur leur réserve ou de ce qu'il a été prononcé sans motifs suffisants : le tribunal doit se borner à donner acte des réserves, sans apprécier leur mérite ou leur utilité (1).

Il ne faut pas confondre avec l'absence de motifs, l'existence de motifs erronés ou inexacts. La loi ne prononce la nullité du jugement que pour la première cause. Les motifs erronés n'empêchent pas le jugement d'être valable du moment que les juges ont bien statué au fond; ils ont sans doute fait un mauvais raisonnement, mais ils ont, malgré tout, bien appliqué la loi dans le dispositif et cela suffit pour que leur décision soit valable (2).

Après les motifs du jugement vient le dispositif, c'est-à-dire la décision même, la solution donnée par les juges aux questions posées devant eux. Le dispositif doit porter sur tous les chefs de demande, autrement le jugement serait nul pour n'avoir pas statué sur tout le procès.

La minute doit être rédigée dans les termes où le jugement a été prononcé à l'audience. Il va sans dire que les juges peuvent améliorer la rédaction, notamment celle des motifs et celle du dispositif, mais à la condition de s'en tenir à de simples changements de style. Il leur est absolument interdit de modifier le fond du jugement ou de couvrir une nullité, par exemple d'ajouter un motif omis dans le prononcé fait à l'audience. Dans ces deux cas, les parties auraient le droit de soutenir que le jugement est entaché de faux, mais elles devraient, pour faire leur preuve, prendre la procédure de l'inscription de faux (3).

Cette rédaction du jugement par écrit n'est pas seulement prescrite au point de vue de la preuve, mais aussi à titre de solennité; de sorte que si un jugement n'était pas rédigé par écrit ou n'était pas signé, il n'aurait aucune existence et on ne saurait être admis à invoquer ce jugement, même en offrant d'en prouver l'existence autrement que par écrit. On dit parfois qu'il n'est pas nécessaire de rédiger par écrit le jugement qui ordonne une suspension d'audience, la continuation de la cause à une audience ultérieure, un délibéré en la chambre du conseil. Mais en réalité, dans ce cas, le tribunal ne rend aucun jugement, tout se ramène à une mention sur le plumitif du greffier. Suivant certains auteurs, il n'est pas non plus nécessaire de dresser écrit du jugement qui ordonne la remise des pièces sur le bureau; cette solution est fort contestable : on doit, au contraire, certainement porter sur la feuille d'audience le jugement qui ordonne un délibéré sur rapport.

Tel que le jugement se trouve sur la minute, il n'est pas complet. Il faut pour le compléter les qualités qui sont l'œuvre, non plus des juges, mais des parties, c'est-à-dire de leurs avoués. Les qualités comprennent les noms, professions et demeures des parties, leurs conclusions, les points de fait et de droit (art. 142 C. pr.). La plupart des auteurs décident que les noms des avoués figurent dans les qualités. Il semble bien résulter du rapprochement des articles 141 et 142 du Code de procédure qu'ils doivent surtout se trouver

(1) Civ. rej., 25 mai 1897, D. P. 98, 1, 37, déjà cité plus haut.
(2) Civ. cass., 16 juin 1880, D. P. 80, 1, 335; req., 7 juillet 1893, D. P. 95, 2, 403.
(3) Req., 4 juillet 1876, D. P. 77, 1, 59.

dans la minute; il n'y a d'ailleurs aucune irrégularité à les mettre aussi dans les qualités qui sont signées par les avoués.

Il semble résulter de l'article 142 du Code de procédure, que les deux avoués de l'une et de l'autre partie ont chacun le droit de provoquer la rédaction des qualités. Mais le second décret du 16 février 1807, relatif à la liquidation des dépens (art. 7 et 8), s'explique d'une manière plus précise sur ce point. En principe, c'est l'avoué de la partie gagnante qui a le droit de lever le jugement, et par cela même aussi de préparer le projet des qualités et de le signifier. C'est, en effet, la partie gagnante qui a le plus d'intérêt à signifier le jugement. Mais, si cet avoué se montre négligent, l'avoué de la partie adverse peut le sommer de lever le jugement dans les trois jours, et si, ce délai expiré, l'avoué de la partie gagnante n'a pas levé le jugement, alors l'avoué de la partie perdante peut prendre l'initiative. En définitive, c'est donc toujours celui des deux avoués qui a le plus d'intérêt à mettre le jugement à exécution, qui signifie les qualités. Ce peut donc être le perdant, d'autant plus que quand le jugement est susceptible d'opposition ou d'appel, il peut avoir intérêt à le voir signifier. La signification sans réserves emporte, en effet, renonciation au droit d'interjeter appel.

La rédaction des qualités faite par l'un des avoués, le plus souvent par l'avoué du gagnant, n'est pas définitive; elle doit être contrôlée par l'avoué de l'adversaire, le plus souvent du perdant. Il peut arriver, en effet, que l'avoué rédacteur des qualités ait omis, avec ou sans intention, des points faibles de sa prétention qui pourraient donner lieu à un appel; de même il peut avoir attribué au perdant des qualités que celui-ci n'a pas prises dans ses conclusions, comme par exemple la qualité d'héritier pur et simple; de même encore, il peut avoir modifié les conclusions du perdant. L'avoué du gagnant signifie à celui du perdant, par acte d'avoué à avoué, une copie du projet des qualités, et l'original de ces qualités reste pendant vingt-quatre heures entre les mains de l'huissier audiencier qui a fait la signification. L'avoué du perdant peut ainsi comparer la copie et l'original et faire opposition s'il y a lieu. Il semble bien résulter de l'article 143 du Code de procédure que, quand l'avoué du perdant veut faire opposition, il doit user de ce droit dans les vingt-quatre heures de la signification de la copie des qualités; mais la plupart des auteurs pensent que la loi ne prononçant pas de déchéance, l'opposition peut être admise tant que le jugement n'est pas expédié, et cette solution paraît d'autant plus équitable que le délai de vingt-quatre heures est excessivement court et que, si on prononçait la déchéance au bout de vingt-quatre heures, l'avoué du gagnant pourrait profiter de la moindre absence de l'avoué du perdant pour le mettre dans l'impossibilité de faire opposition aux qualités en temps utile (1). Mais enfin, une fois les vingt-quatre heures écoulées sans opposition de la part de l'avoué du perdant, l'avoué du gagnant peut remettre au greffier l'original des qualités pour obtenir copie du jugement. Par la réunion de la minute et des qualités, le jugement est maintenant complet et rien ne s'oppose plus à ce que le greffier en délivre expédition.

(1) Carré et Chauveau, *Quest.*, n° 599; Pigeau, t. I, p. 333; *Jur. gén.*, v° *Jugement*, arrêt de 1808, n° 246.

Ce droit de chaque avoué de discuter les qualités, de faire opposition à celles qui sont proposées, a pour conséquence de faire regarder comme constants et reconnus les faits insérés dans les qualités, de sorte qu'on ne peut plus les contester en appel (1). L'avoué du perdant fait opposition, si les qualités ont été préparées par son confrère, entre les mains de l'huissier qui a fait la signification, et cet officier ministériel la mentionne sur l'original des qualités. Cette opposition doit être faite par l'avoué lui-même; il y aurait nullité si elle émanait de son clerc, même avec le mandat de son patron (2).

L'opposition est portée ensuite devant le magistrat compétent, par acte d'avoué à avoué, que rédige et signifie l'avoué le plus diligent. La loi n'exige pas que le juge des qualités soit assisté d'un greffier; les articles 143 et 145 dérogent virtuellement à l'article 1040 du Code de procédure (3). Il n'est pas non plus nécessaire de constater que l'avoué défaillant a été appelé au règlement, la loi n'exige pas cette mention (4).

Il va sans dire que les parties peuvent, si elles le préfèrent, se régler amiablement entre elles et sans comparaître devant le juge, et, en pareil cas, l'avoué opposant donne mainlevée de son opposition, par cela même qu'il met de sa main sur l'original des qualités : « Bon à expédier ». Mais si les parties ne se mettent pas d'accord, alors le juge intervient pour maintenir ou modifier les qualités après avoir reçu les observations des parties; c'est ce qu'on appelle le règlement des qualités. L'ordonnance du juge porte suivant les circonstances : « Bon à expédier » ou : « Les présentes qualités tiendront... » ou : « Ne pas expédier sur les présentes qualités » ou toute autre formule équivalente (5). L'ordonnance de règlement de qualité est placée par mesure d'économie sur l'original de ces qualités; elle est elle-même susceptible d'opposition devant le tribunal.

La jurisprudence a maintes fois décidé que, sauf le cas de force majeure, le règlement des qualités doit être fait à peine de nullité du jugement par un des juges qui ont connu de l'affaire et qui seuls sont en état d'apprécier, sans nouvelle instruction, si le projet des qualités est ou non exact. Mais, tous les jours encore, les tribunaux oublient ce principe et c'est par centaines que des jugements sont annulés pour règlement des qualités par un juge étranger à l'affaire (6). Cette nullité est même d'ordre public, de sorte qu'elle doit être prononcée même si l'avoué opposant ne s'est pas présenté pour défendre son opposition, et que cette nullité ne se couvre pas par le consen-

(1) Mais les aveux qui seraient contenus dans les motifs du jugement n'auraient pas la même force et pourraient être contestés en appel; ces motifs sont l'œuvre des juges, et les parties n'ont pu relever ni discuter les erreurs des juges dans les motifs.

(2) Agen, 2 avril 1900, D. P. 1900, 2, 456.

(3) Req., 15 juin 1869, S. 70, 1, 128.

(4) Req., 15 novembre 1899, D. P. 1900, 1, 2.

(5) Décision des ministres de la justice et des finances du 21 mai 1811, S. 14, 2, 176.

(6) Civ. rej., 7 novembre 1876, D. P. 77, 1, 349; civ. rej., 4 décembre 1876, D. P. 77, 1, 219; civ. rej., 21 février 1877, D. P. 77, 1, 349; civ. cass., 19 novembre 1877, D. P. 77, 1, 478; civ. rej., 11 août 1880, D. P. 85, 2, 132; civ. rej., 26 août 1884, D. P. 85, 1, 64 et ma note sous cet arrêt; civ. cass., 14 décembre 1897, D. P. 98, 1, 528; civ. cass., 30 juin 1898, *ibid.*; civ. cass., 15 février 1899, D. P. 99, 1, 112.

tement des parties (1). De même, pour le cas où le jugement aurait été levé sans que le perdant ait pu prendre connaissance des qualités, ou au mépris de son opposition, la jurisprudence prononce encore la nullité du jugement.

Cette solution de la jurisprudence qui déclare nul tout le jugement, si les qualités n'ont pas été réglées, ou si elles l'ont été par un juge incompétent, est fort contestable. Il vaut mieux, à notre avis, admettre que le jugement reste valable en tant qu'il est l'œuvre des juges et que la nullité porte seulement sur l'expédition du jugement et sur sa signification. Si l'on admet que la nullité se limite aux qualités et à l'expédition, il en résulte que la signification du jugement est entachée de nullité, que les actes d'exécution qui la suivent ne sont pas davantage valables et que cette signification ne fait pas courir les délais des voies de recours; mais, d'ailleurs, le jugement ne peut pas être attaqué pour défaut de règlement ou irrégularité dans le règlement des qualités et la nullité de la signification ou des actes d'exécution se demande par voie d'action en justice.

Si l'on admet le système de la jurisprudence, qui déclare le jugement nul, mais sa signification valable, on arrive à des conséquences inverses : la signification fait courir les délais des voies de recours; les actes d'exécution sont valables; mais le jugement peut être attaqué par les voies de recours (2).

Lorsque tous les juges qui ont pris part à l'affaire ont cessé de faire partie du tribunal par suite de décès, de changements ou autres causes de force majeure, le règlement des qualités doit alors être porté à la chambre tout entière qui a rendu le jugement (3). La jurisprudence permet assez volontiers à la chambre des vacations de régler les qualités en l'absence des juges de la chambre qui a statué, et à cause de l'urgence des règlements des qualités (4).

On se demande à qui l'avoué rédacteur du projet des qualités doit les signifier, si l'avoué de la partie adverse est décédé ou a cessé d'exercer ses fonctions. Les uns veulent que les qualités soit signifiées à la partie elle-même, qui fera directement opposition si elle le juge convenable. Cette solution se heurte au principe fondamental suivant lequel les parties n'ont pas le droit de faire par elles-mêmes les actes de la procédure, mais seulement par l'intermédiaire d'avoués. D'un autre côté, la signification du projet de qualités à la partie elle-même n'est pas dans le vœu de la loi. Il est visible que cette partie ne comprendrait rien à la signification d'un acte qui ne contient que le commencement du jugement sans motifs ni dispositif.

Dans la pratique des divers tribunaux, ainsi que de l'avis de certains auteurs, il faut assimiler cette hypothèse à celle d'un jugement par défaut et décider que les qualités seront rédigées par l'avoué resté en fonctions, lequel les

(1) Civ. cass., 22 août 1855, D. P. 55, 1, 354 : civ. cass., 25 janvier 1859, D. P. 59, 1, 69; civ. cass., 3 juin 1862, D. P. 62, 1, 293; civ. cass., 25 juillet 1864, D. P. 64, 1, 280; civ. cass., 19 avril 1870, D. P. 70, 1, 360.

(2) Voy., pour la solution de la jurisprudence, civ. cass., 19 avril 1870, D. P. 70, 1, 360

(3) Paris, 22 juillet 1876, D. P. 78, 5, 226; Poitiers, 9 mai 1887, D. P. 88, 2, 110.

(4) Civ. cass., 24 août 1881, D. P. 82, 1, 219 et la note; civ. rej., 26 juin 1888, D. P. 88, 1, 480; mais à la condition toutefois qu'il soit constaté, dans l'ordonnance de règlement, qu'il n'est ainsi procédé que par suite de l'absence ou de l'empêchement des magistrats qui ont pris part au jugement. Civ. rej., 12 mai 1891, D. P. 91, 5, 318, 15; civ. rej., 15 mai 1895, D. P. 95, 1, 422; civ. cass., 18 janvier 1899, D. P. 99, 1, 56.

déposera au greffe avec déclaration qu'elles n'ont pas pu être signifiées ni réglées à cause de la mort ou de la cessation des fonctions de l'avoué de la partie adverse. Mais cette assimilation ne nous paraît pas juste : en cas de jugement par défaut, s'il n'y a ni signification ni règlement des qualités, c'est par la faute de la partie défaillante qui dès lors n'a pas le droit de se plaindre et qui, en outre, a la voie de l'opposition contre le jugement, toutes les fois que les qualités lui nuisent. Dans notre cas, au contraire, la partie ayant comparu et conclu a le droit de prendre part à la rédaction des qualités, d'autant plus qu'elle est privée de la voie de l'opposition contre le jugement.

Aussi pensons-nous qu'il vaut mieux, en signifiant les qualités à la partie, lui faire en même temps sommation de constituer nouvel avoué dans le délai de huitaine en l'avertissant que, par ce moyen seulement, elle pourra prendre part à la rédaction des qualités. Il en résultera peut-être quelque lenteur, mais cela vaut encore mieux que de priver un plaideur des garanties auxquelles il a droit. Si ce plaideur refuse de constituer avoué, alors il est en faute et, après un délai déterminé par le président du tribunal, les qualités seront définitivement arrêtées sans sa participation.

Nous verrons plus loin qu'en matière commerciale et en justice de paix, où le ministère des avoués n'existe pas, les qualités sont rédigées par le greffier (décision ministérielle du 31 octobre 1809 et décret du 6 janvier 1814). On a proposé d'étendre le même système aux tribunaux civils ou même d'aller plus loin et d'imposer la rédaction des qualités aux juges, sous prétexte qu'on éviterait des frais et des difficultés et que les juges savent mieux que les avoués comment les questions ont été posées et répondues dans la délibération et dans le vote. Cependant, on a maintenu jusqu'à ce jour le ministère des avoués, en observant que la rédaction des qualités, étant commune aux deux parties, offre toutes les garanties désirables ; en réalité, cette rédaction n'est pas autre chose qu'un procès-verbal de constat et personne ne sait mieux que les avoués quels sont les actes de la procédure. Si les qualités étaient rédigées par le greffier, en fait elles seraient l'œuvre de l'avoué du gagnant sans le contrôle de son confrère ; si elles étaient rédigées par le tribunal, celui-ci les dresserait dans l'intérêt du gagnant. Il vaut donc mieux que ce procès-verbal de la procédure soit l'œuvre commune des deux avoués (1).

Nous connaissons maintenant toutes les mentions nécessaires pour que le jugement soit complet. L'ordre dans lequel ces mentions se suivent est tout à fait indifférent. Par application de cette règle, la Cour de cassation a jugé plusieurs fois que le vœu de la loi, relativement au point de fait, est suffisamment rempli quand la transcription dans le jugement de l'exploit introductif d'instance et des conclusions des parties, ou bien les motifs eux-mêmes ou encore le dispositif, contiennent une exposition suffisante des faits.

On peut suivre l'ordre indiqué par l'article 141, mais, le plus souvent, les tribunaux adoptent le suivant : qualités des parties, noms de leurs avoués, exposé du point de fait, conclusions, points de droit, nom du ministère public, motifs, dispositif ; noms du président et des juges, date, signature du président et du greffier sur la minute, du greffier seul sur les expéditions.

(1) A la Cour de cassation les qualités sont rédigées par les magistrats eux-mêmes.

## § 67. — Nullité du jugement pour vice de forme.

De toutes ces mentions, quelles sont celles qui sont prescrites à peine de nullité ? La loi du 20 avril 1810 (art. 7) sur l'organisation judiciaire a prévu certains cas qui touchent, en effet, aux principes de cette organisation : le jugement n'est pas motivé ou l'est insuffisamment; les juges qui ont statué n'étaient pas en nombre, ce qui, en fait, se produira seulement en cas de confusion des voix résultant de la parenté ou de l'alliance; un ou plusieurs des juges n'ont pas pris part à toutes les audiences de l'affaire; le jugement n'a pas été prononcé publiquement. Dans ces quatre cas, le jugement est entaché d'une nullité qu'on fera valoir au moyen des voies de recours autorisées par la loi. Ce texte est le seul qui s'occupe de la nullité du jugement; de là, certaines difficultés dans la doctrine pour les autres cas.

Il est manifeste qu'on ne peut pas déclarer que, dans le silence de la loi, aucune nullité ne saurait être encourue pour vice de forme, en dehors des quatre cas de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810; cela reviendrait à dire que les juges peuvent rédiger les jugements à leur guise et sans aucune garantie pour les particuliers. Il n'est pas plus sérieux de prétendre qu'il faut encore appliquer, pour cette question, le décret du 4 germinal an IV, qui prescrivait l'observation de toutes les règles de la procédure à peine de nullité. Ce décret a été manifestement abrogé par le Code de procédure. On ne peut pas non plus appliquer le texte de l'article 1030 du Code de procédure qui s'occupe seulement des nullités de forme contenues dans les actes de procédure et est étranger aux jugements. Il faut, pour trancher notre question, s'attacher à la théorie générale des nullités, telle qu'elle est consacrée dans d'autres circonstances par la loi et d'une manière générale par la doctrine et la jurisprudence (1). D'après cette théorie, on doit distinguer dans les actes deux sortes de formalités, celles qui sont substantielles et celles qui sont accessoires; les premières donnent à l'acte ses caractères et sa nature, tandis que les secondes sont seulement utiles. Aussi les unes sont-elles prescrites à peine de nullité, même si la loi ne l'a pas dit, tandis que l'omission d'une formalité secondaire n'entraîne nullité, qu'autant que celle-ci est formellement écrite dans la loi. Ce point de départ est généralement admis aujourd'hui, mais on se heurte à de nouvelles difficultés, lorsqu'il s'agit de déterminer quelles sont, parmi les formalités prescrites pour la rédaction des jugements, celles qui sont substantielles et celles qui sont accessoires. A notre avis, on doit considérer comme substantielles et, par cela même à peine de nullité, les formalités suivantes :

— Les noms des juges. Si le tribunal se compose de plusieurs chambres, il n'est pas nécessaire de relever celle qui a jugé. Le président est suffisamment indiqué par la mention de sa seule qualité. Une erreur sur le titre d'un juge, par exemple s'il est désigné comme juge titulaire alors qu'il est suppléant ou réciproquement, ne vicie pas le jugement. Il n'est pas non plus nécessaire

(1) Relevons seulement que l'article 1030 du Code de procédure s'inspire lui-même de cette théorie générale pour les nullités des actes des officiers ministériels.

d'ajouter que les juges ont assisté à toutes les audiences de la cause ; on le présume jusqu'à preuve contraire, par cela seul que leur présence est attestée au moment de la prononciation du jugement.

— La mention de la présence du ministère public et la constatation qu'il a conclu dans les affaires soumises à communication. Certains auteurs prescrivent, à peine de nullité, la mention de la présence du ministère public, même dans les cas où l'affaire n'est pas communicable. Ils en donnent pour raison que, sans sa présence, le tribunal ne serait pas valablement constitué, pas plus que si les juges étaient en nombre insuffisant. Cette solution a toutefois le tort d'être en contradiction directe avec le texte même de l'article 141 qui ne prescrit l'indication de la présence du ministère public que dans les affaires soumises à communication. Dans les autres cas, son rôle est tout à fait secondaire et on comprend que la loi n'impose plus la mention de sa présence à peine de nullité (1). L'opinion que nous combattons conduirait à dire que l'indication de la présence du greffier est aussi prescrite à peine de nullité, parce que sans lui le tribunal n'est pas valablement constitué et cependant la loi n'exige pas cette mention.

— La mention des avoués des parties. Il est, en effet, défendu aux parties de postuler sans le ministère des avoués ; il faut donc que le jugement constate l'observation de la loi en faisant connaître les noms des avoués. D'autres solutions ont cependant été proposées. On a prétendu que l'omission des noms des avoués n'entraîne pas nullité, sous prétexte qu'en fait la loi sera toujours observée et qu'aucun tribunal ne permettra jamais à des plaideurs de se présenter en personne. A ce compte, on pourrait encore se dispenser d'un certain nombre d'autres mentions et par exemple de l'indication des noms des juges, en disant aussi que la loi sera toujours respectée et que jamais un tribunal ne songera à se constituer irrégulièrement. D'autres auteurs établissent la distinction suivante : l'omission du nom de l'avoué du perdant a pour effet de faire considérer le jugement comme un jugement par défaut faute de conclure ; quant à la partie qui a gagné, l'omission du nom de son avoué ne saurait lui nuire. Cette distinction est tout à fait arbitraire. Dans ce système, l'omission du nom de l'avoué du perdant profiterait au perdant, puisque le jugement étant par défaut deviendrait susceptible d'opposition, ce qui peut être fort avantageux, surtout si le jugement a été rendu en dernier ressort. Ce système a, en outre, l'inconvénient de se placer en dehors de la vérité des faits, en considérant l'affaire comme ayant été jugée par défaut, alors qu'elle l'a été contradictoirement.

— Les noms, profession et demeure des parties. C'est là un point constant en doctrine et en jurisprudence. Mais l'omission des prénoms ou de la profession resterait indifférente, si d'ailleurs les autres indications relatives à la personne suffisaient pour constater son identité. Sous cette condition, l'indication seule de la fonction ou de la profession d'une partie pourrait être tout à fait suffisante.

— Les conclusions des parties. L'indication des conclusions des parties est aussi indispensable à peine de nullité. C'est, en effet, par la comparaison des

(1) Req., 8 novembre 1871, D. P. 71, 1, 253, et 18 novembre 1879, D. P. 80, 1, 389.

conclusions avec les motifs et le dispositif que la Cour de cassation ou les juges d'appel peuvent savoir s'il a été répondu à chaque demande et si la loi a été bien ou mal appliquée.

Mais les motifs des conclusions ne doivent pas se trouver dans les qualités, comme le décide l'article 96 du tarif du 16 février 1807, dont la disposition n'a pas été abrogée par les articles 33 et 73 du décret du 30 mars 1808, lequel exige qu'en principe les conclusions soient motivées.

— Les points de fait et de droit. L'article 87 du tarif civil ne veut pas que, dans les points de fait et de droit, on rappelle les moyens des parties. Mais le simple énoncé des points de fait et de droit est indispensable pour qu'on puisse savoir si les juges ont bien ou mal appliqué la loi. Il va sans dire que si les points de fait ou de droit se trouvaient dans une autre partie du jugement, dans les conclusions par exemple, il ne saurait y avoir nullité. En pratique, on énonce le point de fait par la reproduction de l'exploit introductif d'instance et des conclusions en réponse qui peuvent rectifier ou changer les circonstances de la cause, telles qu'elles sont énoncées dans la demande.

— La date. L'erreur, l'absence ou la fausseté de la date, entraînerait nullité du jugement ; nous avons vu plus haut les importants effets que la loi attache à cette mention.

Nous ne parlerons pas ici du défaut ou de l'insuffisance des motifs, car nous énumérons seulement les mentions sur lesquelles la loi ne s'est pas expliquée, et, pour le cas d'absence ou d'insuffisance de motifs, elle a prononcé la nullité (loi du 20 avril 1810, art. 7).

Quant au défaut de dispositif, il s'opposerait même à l'existence du jugement; une omission dans une partie du dispositif entraînerait seulement nullité de cette partie du jugement.

Le défaut de signature de la minute par le président produit des effets particuliers. Ou bien la cour d'appel a autorisé un des juges à signer à sa place et dans ce cas l'irrégularité disparaît, ou bien elle a refusé cette autorisation et alors il n'y a pas de jugement (décret du 30 mars 1808, art. 38) (1).

La loi du 2 thermidor an II veut aussi que tout jugement soit rédigé en langue française, sous peine d'un emprisonnement de six mois contre les magistrats. Mais, comme elle n'a pas ajouté que cette formalité est prescrite à peine de nullité, on a soutenu qu'un jugement en langue étrangère n'en est pas moins parfaitement valable. N'hésitons pas à décider que cette formalité est prescrite au premier chef, dans un intérêt national, et que son inobservation entraîne nullité pour violation d'une loi d'ordre public (2).

Nous considérons, au contraire, comme formalités secondaires dont l'inobservation dans le silence de la loi n'entraîne pas nullité : l'indication de la présence du ministère public, si l'affaire n'était pas soumise à communication; la mention de la présence du greffier; la signature du greffier (arg. art. 37 du décret du 30 mars 1810); une des indications relatives à l'une ou l'autre des parties, si leur identité n'est d'ailleurs pas douteuse.

Rappelons que l'omission matérielle d'une mention, à la place où l'on a

(1) Cass., 5 avril 1875, S. 75, 1, 157.

(2) La Cour de cassation s'est prononcée dans le premier sens par arrêt du 1er mai 1830 et dans le second sens par arrêt du 16 février 1833. Crim. cass. D. P. 33, 1, 182.

l'habitude de l'inscrire, reste indifférente, si l'on peut retrouver cette mention dans une autre partie du jugement; c'est la conséquence de ce que la loi n'a prescrit aucun ordre à suivre pour la rédaction des jugements. D'un autre côté, si la minute est parfaitement régulière, une omission contenue dans l'expédition n'empêcherait pas le jugement d'être valable. Mais, d'ailleurs, l'expédition serait nulle ainsi que les actes qui en sont la suite, comme la signification du jugement et les mesures d'exécution. Nous donnerions la même solution si la formule exécutoire, qui n'existe pas sur la minute, ne se trouvait pas sur l'expédition.

Lorsque le jugement n'existe pas, par exemple parce qu'il n'a pas été rédigé par écrit ou qu'il n'a pas été signé, il n'y a pas lieu d'en demander la nullité ; elle est de droit et tout au plus pourra-t-on être obligé, dans certaines circonstances, de demander au tribunal, non pas de prononcer la nullité, mais de constater que le jugement n'existe pas. Lorsque le jugement existe, mais entaché d'un vice, on en demande alors la nullité au moyen d'une des voies de recours offertes par la loi. Mais il n'est pas admis, dans notre droit, qu'on puisse attaquer un jugement en nullité par voie d'action principale. Il en résulte que si la partie laisse écouler les délais des voies de recours ouvertes par la loi, par exemple de l'appel ou du pourvoi en cassation, le vice de forme se trouve couvert et le jugement devient irrévocable.

### § 68. — Signification des jugements (art. 147 et 148 C. pr.).

Une fois le jugement complet et déposé au greffe, si la partie qui l'a obtenu veut en profiter, il faut qu'elle s'en fasse délivrer par le greffier une expédition revêtue de la formule exécutoire (ce qu'on appelle lever le jugement), et qu'elle le signifie conformément à la loi.

On distingue deux sortes d'expéditions des jugements, les expéditions simples et les expéditions exécutoires ou grosses, ainsi appelées tout uniment parce qu'elles sont écrites en grosses lettres. Les simples expéditions peuvent être délivrées à tout requérant ; tout jugement étant rendu en audience publique, toute personne a le droit d'en demander une expédition, à charge de payer au greffier un léger droit, appelé droit de recherche. Les greffes sont publics comme les bureaux des officiers de l'état civil, à la différence des études de notaire. Mais ces expéditions simples ne sont pas revêtues de la formule exécutoire.

Les grosses ne peuvent être délivrées qu'aux parties et encore on n'en donne qu'une à la partie qui lève le jugement. Aussi, la remise de la grosse d'un jugement faite par un créancier à son débiteur entraîne présomption de la remise de la dette ou du paiement, sauf preuve contraire (art. 1283 C. civ.). Toutefois, quand une grosse vient à être détruite ou perdue par accident, le créancier, privé de ce moyen d'exécution, peut obtenir une deuxième grosse, mais cette deuxième grosse ne lui est délivrée par le greffier qu'avec la permission du président du tribunal sur ordonnance et après l'observation de la procédure établie par les articles 844, 853 et 854 du Code de procédure.

La loi n'a pas prévu le cas où la minute d'un jugement civil serait détruite.

par exemple à la suite d'un incendie, mais elle y a songé en matière criminelle dans l'article 522 du Code d'instruction criminelle, qu'on étend sans difficulté aux jugements civils. Toute personne dépositaire d'une expédition authentique d'un jugement dont la minute est détruite est tenue de la remettre au greffe où elle devient minute ; mais cette personne a le droit d'exiger qu'on lui délivre sans frais une expédition de son expédition devenue minute.

Une fois le jugement complet par la réunion au greffe de la minute et des qualités, il ne suffit pas à la partie intéressée de s'en faire délivrer une grosse pour pouvoir l'exécuter; il faut, au préalable de l'exécution, signifier ce jugement.

La loi ordonne la signification du jugement à deux points de vue différents et ces deux sortes de significations sont l'une et l'autre soumises à des règles spéciales. D'une part, la signification du jugement est le préliminaire de son exécution forcée; d'autre part, il faut aussi signifier le jugement pour faire courir les délais des voies de recours. Nous ne nous occuperons, pour le moment, que de la signification qui sert de préliminaire aux voies d'exécution ; quant à la signification qui fait courir les délais des voies de recours, nous la retrouverons précisément à l'occasion de ces voies de recours.

La signification du jugement consiste à le porter officiellement à la connaissance de l'adversaire ou de son avoué par ministère d'huissier (art. 147 et 148 C. pr.). La loi ne considère pas comme suffisante la connaissance du jugement donnée à la partie condamnée par la prononciation du jugement à l'audience. Un vieil adage de procédure dit : *Paria sunt non esse et non significari*. Il ne faudrait cependant pas entendre cette maxime trop à la lettre. Il est certain qu'un jugement non signifié n'en sert pas moins de preuve du droit qu'il constate ; mais il n'est pas réputé connu de l'adversaire tant qu'il n'est pas signifié. C'est précisément pour ce motif que le jugement ne comporte pas d'exécution forcée tant qu'il n'est pas signifié (1). Mais la loi n'interdit, avant la signification, que les actes d'exécution ; le gagnant peut donc faire les actes conservatoires et notamment inscrire hypothèque judiciaire attachée au jugement.

La signification du jugement à partie doit être faite dans la forme ordinaire des exploits ; la signification à avoué est faite dans les formes usitées pour les actes d'avoué à avoué. Quand la partie n'a pas de domicile connu, on applique pour la signification du jugement les dispositions des articles 68 et 69 du Code de procédure. Le plus souvent la signification est faite par le gagnant, mais il faut dire d'une manière plus générale que chaque partie qui y a intérêt peut signifier le jugement et c'est ainsi qu'il y aura deux significations réciproques si chaque plaideur a gagné et succombé pour partie (2).

Dans le nord et à Paris, il est d'usage de rédiger l'original de la signification sur une feuille spéciale de papier timbré; dans le midi, et par exemple à Toulouse, la signification consiste uniquement dans la copie du jugement, certifiée par l'avoué, au bas de laquelle l'huissier met son acte de signification

(1) Voir ma note sous civ. cass., 8 août 1893, D. P. 94, 1, 433.

(2) Cette seconde signification par l'autre partie est communément appelée « contre-signification ».

dont l'original est écrit à la suite de la grosse du jugement. Il n'est ainsi dû à l'avoué que le droit de copie de pièces et à l'huissier que le droit de signification.

Par exception, il est certains jugements qu'on peut exécuter sans les avoir signifiés, parce qu'ils n'ont aucune importance sérieuse ; tels sont les jugements qui donnent acte d'une constitution d'avoué (art. 76 C. pr.), les jugements de mise en délibéré (art. 94 C. pr.), les jugements de renvoi de cause (art. 83 du tarif). Mais pour pouvoir supprimer ainsi la signification, il faut un texte formel qui l'autorise ; dans tous les autres cas la signification s'impose.

Seulement il s'agit de savoir alors s'il faut signifier à avoué ou à partie ou aux deux à la fois.

La loi exige toujours la signification à avoué ; dans certains cas, cette signification suffit ; dans d'autres cas, il faut en outre une signification à partie, à personne ou à domicile. La signification à avoué est une garantie sérieuse pour le plaideur. La plupart des clients ignorent la procédure. Si on se bornait à signifier le jugement à la partie, celle-ci serait souvent embarrassée. Faut-il se pourvoir contre le jugement ? Le peut-on ? La signification est-elle régulière ? Quels sont les délais pour attaquer le jugement ? Ce sont là autant de questions que l'avoué seul peut trancher. Aussi la loi veut-elle qu'il reçoive toujours signification du jugement. Le Code de procédure italien se contente même de cette signification et supprime complètement la signification à partie. Notre Code de procédure va moins loin lorsqu'il s'agit de jugements définitifs ou de jugements provisoires, contenant des condamnations. Il veut alors : 1° que le jugement soit d'abord signifié à avoué ; 2° qu'il soit ensuite signifié à la partie, à personne ou domicile ; 3° que la signification à partie mentionne la signification à avoué précédemment faite. Pour tous les autres cas, c'est-à-dire s'il s'agit d'un jugement interlocutoire ou d'un jugement préparatoire ou même d'un jugement définitif ou provisoire ne contenant pas de condamnation, la signification à avoué est seule exigée, au point de vue de l'exécution. Pour les jugements préparatoires ou interlocutoires, la signification à avoué suffit, précisément parce que ces jugements se rapportent à l'instruction de l'affaire qui est confiée aux avoués et dont les parties ne s'occupent pas elles-mêmes. Certains auteurs en ont conclu et la jurisprudence décide que s'il s'agit d'une mesure d'instruction à laquelle la partie est personnellement appelée à prendre part, notamment si elle doit être interrogée ou si un serment lui a été déféré, il faut signifier ce jugement, non seulement à son avoué, mais aussi à elle-même. Nous préférons repousser cette exception, précisément parce qu'elle est une exception et qu'elle n'est consacrée par aucun texte. On ne voit pas, au surplus, quelle pourrait être l'utilité sérieuse de cette signification à partie ; il est bien certain, en effet, qu'en pratique l'avoué avertira toujours son client. Au contraire, s'il s'agit d'un jugement définitif ou provisoire contenant condamnation, il est utile d'en avertir à la fois l'avoué et la partie pour que celle-ci puisse se mettre en mesure d'éviter l'exécution forcée en se soumettant au jugement. Il importe, en outre, que l'avoué soit prévenu pour qu'il consulte son client sur le meilleur parti à prendre.

C'est à l'avoué de l'adversaire que le jugement est signifié. S'il y avait plusieurs adversaires, la signification devrait être faite à chacun de leurs avoués. Quand plusieurs parties ayant le même intérêt ont constitué un seul avoué, certains auteurs pensent qu'il faut distinguer : si l'avoué a été constitué collectivement pour tous, une seule signification suffit; s'il a été constitué séparément, il faut autant de significations qu'il y a de clients. Cette distinction n'est pas fondée. Quel que soit le mode de constitution, une seule signification suffit. Ne lui donnera-t-elle pas une connaissance du jugement aussi complète que si plusieurs significations étaient faites? Cette solution aboutit à une économie très naturelle.

La loi n'ordonne la signification à avoué qu'autant qu'il y a avoué en cause, comme le dit l'article 147 du Code de procédure. S'il n'y a pas avoué en cause, continue l'article suivant, la signification à partie suffit, mais il faut avoir soin de mentionner que si la signification à avoué a été supprimée, c'est parce que l'avoué de la partie est décédé ou a cessé ses fonctions. Les articles 147 et 148 du Code de procédure n'ont donc pas en vue le cas d'un jugement par défaut et ne songent qu'aux jugements contradictoires ; ils veulent dire que la signification à l'avoué de l'adversaire est imposée ou supprimée, selon que cet avoué exerce encore ou non ses fonctions au moment de cette signification. Lorsqu'il y a plusieurs parties en cause et toutes adversaires de celle qui fait la signification, chaque partie doit recevoir une signification distincte, en supposant que toutes ces parties aient aussi des intérêts différents. Cette solution s'applique même au cas où les deux plaideurs qui doivent recevoir signification sont le mari et la femme. On a même jugé, et avec raison, qu'un avoué occupant pour lui-même doit recevoir deux significations, l'une comme partie et l'autre comme avoué, et chacune des significations doit être faite dans sa forme propre. Lorsque le mari n'a été mis en cause qu'à fin d'autorisation, une signification à la femme suffit. Si la partie qui a reçu signification vient à décéder, on ne peut exécuter contre ses héritiers qu'après une nouvelle signification, qui leur est faite conformément à l'article 877 du Code civil et huit jours après cette signification.

On s'est demandé si la partie pouvait faire remise de la signification et déclarer qu'elle connaît le jugement et le tient pour signifié. L'adversaire ne peut pas se contenter de cette déclaration si elle est purement verbale, ni même si elle est faite par acte sous seing privé, car cet écrit peut être plus tard dénié ; mais elle donne satisfaction à celui qui voulait faire la signification si elle résulte d'un acte authentique, d'un acquiescement exprès ou tacite, tel que celui qui est la conséquence de l'exécution volontaire du jugement. Dans ces deux cas, la signification qui aurait lieu serait un acte frustratoire et les frais devraient en être subis par son auteur.

Lorsqu'il y a lieu de faire plusieurs significations aux différentes parties perdantes qui ont des intérêts distincts, celles-ci peuvent, pour économiser des frais, faire une seule et même élection de domicile, par exemple chez l'avoué de l'une d'elles, en déclarant qu'une seule signification collective en une seule copie sera suffisante. Cette déclaration est obligatoire pour l'adversaire et si celui-ci n'en tenait pas compte, les frais des différentes significations autres que la première qu'il ferait n'entreraient pas en taxe. Mais lorsque

l'avoué des parties perdantes fait, par acte d'avoué à avoué, notification de cette déclaration d'élection de domicile en son étude, l'adversaire est-il obligé de se contenter de cette notification ou a-t-il le droit d'exiger la preuve de l'existence du mandat donné par les parties perdantes? Plusieurs arrêts déjà anciens ont jugé que cette preuve d'un pouvoir spécial ne peut pas être imposée à l'avoué chez lequel l'élection de domicile a été faite par les perdants; ils en donnent pour raison que les offres, aveux, consentements faits par un avoué sont valables sans pouvoir spécial, sauf désaveu (1).

Nous préférons la solution contraire : le gagnant ne peut pas être obligé de faire signification au domicile élu par les perdants chez un avoué tant que celui-ci ne prouve pas que l'élection de domicile est irrévocable, et elle n'a pas ce caractère tant qu'elle peut tomber par l'effet d'un désaveu, et, dans ce dernier cas, la signification qui aurait eu lieu à ce prétendu domicile élu serait entachée de nullité. Il n'est pas possible de mettre le gagnant à la discrétion des perdants, ce qui aurait lieu dans les cas où il pourrait faire usage du désaveu. Le gagnant a donc le droit d'exiger la preuve d'un mandat spécial (2). La même solution doit être donnée pour le cas où la déclaration est notifiée à la requête des perdants par acte d'huissier, à personne ou domicile du gagnant, et par identité de motifs : pour que cette déclaration soit obligatoire, il faut que l'huissier justifie d'un pouvoir spécial, autrement il pourrait être désavoué (3).

Une autre question plus controversée est celle de savoir si, en cas d'élection de domicile par le perdant, par exemple dans un contrat de vente, il doit recevoir signification à son domicile réel ou au domicile élu. D'après la jurisprudence, l'élection de domicile a produit tout son effet lorsque l'acte originaire, dans notre exemple le contrat de vente, est remplacé par le jugement. Celui-ci est un acte nouveau auquel ne s'applique pas l'élection de domicile (arg. art. 111 C. civ.) et comme cet acte est particulièrement important, il est naturel d'en exiger la signification au domicile réel, parce qu'elle arrivera ainsi plus sûrement à la connaissance de celui qui doit la recevoir.

Cette solution nous semble cependant fort contestable. Il n'est pas vrai de dire que le jugement soit un acte nouveau; il n'est et ne peut être que la confirmation ou l'interprétation de l'acte ou du contrat qui a fait l'objet du procès et qui contient l'élection de domicile, car les jugements sont purement déclaratifs des droits des particuliers. Si, par exemple, le vendeur a agi en justice pour obtenir paiement du prix de vente, et si le jugement a condamné l'acheteur au paiement, c'est bien toujours le prix de vente qui est dû et qui continue à être garanti par le privilège, ainsi que par les autres sûretés qui ont pu être stipulées au contrat. Pour quel motif la clause relative à l'élection de domicile cesserait-elle, à la différence des autres, de produire son effet? L'article 111 du Code civil est général et après comme avant le jugement c'est bien le contrat de vente qu'il s'agit d'exécuter avec toutes ses clauses accessoires. La signification du jugement

(1) Rouen, 11 février 1839, *Jur. gén.*, v° *Domicile élu*, n° 104; Grenoble, 13 mars 1858, D. P. 58, 2, 176.
(2) Rouen, 22 août 1877, S. 78, 2, 73 et la note.
(3) *Contra* Rouen, 11 février 1839, S. 39, 2, 196: Rouen, 19 mai 1842, S. 43, 2, 72.

doit donc avoir lieu en vertu d'une de ces clauses au domicile élu (1).

Il reste à examiner quelles sont les sanctions des prescriptions de la loi relatives à la signification des jugements.

Pas de doute pour le cas où on a omis la signification à avoué : la loi dit formellement qu'il y aura nullité, non pas du jugement, mais des actes d'exécution. La question était controversée dans notre ancien droit et c'est pour empêcher la difficulté de persister que l'article 147 s'est formellement expliqué sur ce point. Cette nullité est encourue même dans le cas où la loi prescrivant deux significations, une à avoué et l'autre à partie, la première seule a été omise. La signification à partie ne suffit pas pour autoriser l'exécution d'un jugement définitif ou provisoire contenant condamnation.

Il peut arriver que dans le cas où la loi prescrit les deux significations, l'une à avoué, l'autre à partie, la première ait été faite et la seconde ait été omise. La loi n'a pas parlé de ce second cas, mais il ne faut pas hésiter à décider qu'il y a encore nullité des actes d'exécution. Si la loi l'a dit pour le défaut des ignification à avoué, c'est, comme on vient de le voir, pour trancher une ancienne controverse ; au contraire, le silence du législateur pour le cas de défaut de signification à partie s'explique par cela même que la nullité des actes d'exécution n'a jamais été contestée dans cette circonstance.

Il peut encore arriver que la signification à partie et celle à avoué aient eu lieu, mais que dans la signification à partie on ait oublié de mentionner la signification à avoué; en pareil cas, la partie a le droit de s'opposer à l'exécution tant qu'on ne lui justifie pas de la signification à avoué, mais les actes d'exécution qu'elle laisserait faire ne seraient pas entachés de nullité, parce qu'il ne s'agit plus là que d'une formalité secondaire, et qu'en pareil cas la nullité n'est encourue qu'autant qu'elle est écrite dans la loi. Or celle-ci a gardé le silence pour ce troisième cas.

De même, il n'y aurait pas non plus nullité si l'huissier avait interverti l'ordre et signifié d'abord à partie, ensuite à avoué, sauf dommages-intérêts à sa charge, dans le cas où il serait résulté de cette interversion un préjudice pour la partie.

La loi permet, pour le cas de péril en la demeure, aux juges de paix et aux juges des référés, d'ordonner l'exécution de leurs décisions sur minute, ce qui revient à en supprimer la levée et la signification (art. 811 C. pr.; loi du 25 mai 1838, art. 12).

La loi ne confère pas le même pouvoir aux tribunaux d'arrondissement ni même aux tribunaux de commerce ou aux cours d'appel. La jurisprudence le leur reconnaît par argument *a fortiori*, de ce que la loi a dit des juges de paix et des juges des référés (2). Mais est-il permis d'argumenter ainsi dans une matière aussi exceptionnelle? En autorisant le tribunal d'arrondissement à ordonner l'exécution de son jugement sur minute, on lui permet de supprimer trois choses essentielles, la rédaction des qualités pour les avoués, la levée du jugement, sa signification. Un pareil pouvoir ne saurait leur appartenir qu'en vertu d'un texte formel de la loi.

(1) *Contra* civ. cass., 24 janvier 1865, D. P. 65, 1, 75.

(2) Req., 7 janvier 1858, D. P. 58, 1, 158 ; req., 2 décembre 1861, D. P. 62, 1, 463 ; req., 3 avril 1872, D. P. 73, 1, 25.

## § 69. — Des effets des jugements.

Les effets du jugement sont très variés et font l'objet de dispositions contenues dans des lois différentes et dans plusieurs codes. Il ne saurait être question d'en faire ici l'objet d'une étude spéciale ; il suffira d'en donner un aperçu dans un tableau d'ensemble.

1. Le jugement termine l'instance et le procès, sauf admission des voies de recours autorisées par la loi. En conséquence les juges sont dessaisis, et cet effet se produit dès la première heure du jour où le jugement a été rendu (1). Il résulte de là, qu'une fois le jugement prononcé le juge ne peut plus connaître de l'affaire, à moins qu'il n'en soit de nouveau saisi par une voie de recours, opposition ou requête civile. C'est par application de ce principe qu'une fois le jugement rendu la loi interdit au tribunal d'accorder, par un second jugement, un délai de grâce au débiteur ou le bénéfice de l'exécution provisoire au gagnant. Mais lorsqu'un jugement soulève une difficulté d'interprétation ou d'exécution, on peut revenir devant le tribunal pour qu'il la tranche. A plus forte raison peut-on encore s'adresser au tribunal pour obtenir une rectification matérielle, comme, par exemple, si le jugement qui ordonne l'expertise a omis le nom de l'expert, ou si, le jugement ayant été rendu par défaut faute de comparaître, on a oublié d'indiquer le nom de l'huissier commis pour le signifier.

Dans tous les cas où il y a lieu à interprétation ou à complément, la partie la plus diligente appelle l'autre à l'audience, à l'effet d'obtenir jugement certificatif, soit par avenir si l'instance est encore pendante, soit par assignation dans le cas contraire. Mais le tribunal n'a pas le droit, sous prétexte d'interprétation, de modifier la décision rendue (2).

2. Tout jugement a autorité de chose jugée au moment même où il est rendu (art. 1351 C. civ.). Mais cette chose jugée peut être suspendue par l'opposition ou par l'appel. Quand un jugement n'est pas ou n'est plus susceptible d'opposition ou d'appel, on dit qu'il passe en force de chose jugée (voy. par exemple l'art. 2157 C. civ.).

Si un jugement a été rendu en dernier ressort, il n'est pas susceptible des voies de recours ordinaires qui suspendent l'autorité de la chose jugée, mais seulement des voies de recours extraordinaires, et celles-ci ne suspendent ni l'autorité, ni la force de la chose jugée. Mais lorsqu'elles sont mises en mouvement, elles peuvent avoir pour effet de faire tomber le jugement ou l'arrêt ; celui-ci ne devient donc irrévocable qu'autant qu'il n'est pas ou qu'il n'est plus susceptible des voies de recours extraordinaires.

Tout jugement présente donc, suivant les circonstances, successivement

(1) Caen, 31 mars 1879, D. P. 80, 2, 256.

(2) Paris, 6 mai 1892, D. P. 93, 2, 204 ; Paris, 4 juin 1892, D. P. 93, 2, 204 ; civ. rej., 8 avril 1895, D. P. 95, 1, 415 ; req., 27 octobre 1897, D. P. 98, 1, 87 ; Paris, 21 novembre 1898, D. P. 1900, 2, 12. Le juge qui interprète une décision n'est pas obligé de s'en tenir au dispositif et peut se reporter aux motifs ; Paris, 16 décembre 1896, D. P 1900, 1, 191 ; req., 23 janvier 1900, D. P. 1900, 1. 62 ; civ. rej., 31 octobre 1900, D. P. 1900, 1, 554.

ou à la fois, un, deux ou même ces trois caractères : il a autorité de chose jugée, il passe en force de chose jugée, il devient irrévocable. Il ne faudrait pas croire que ces trois effets naissent toujours successivement les uns après les autres. Le plus souvent, au contraire, deux naissent à la fois, et le troisième se joint à eux dans la suite. Ainsi un jugement contradictoire en dernier ressort a autorité de chose jugée et passe en force de chose jugée au moment où il est rendu, par cela même qu'il n'est pas susceptible de voies de recours ordinaires ; il ne deviendra irrévocable qu'au jour où on ne pourra plus l'attaquer par les voies de recours extraordinaires ou si ces voies de recours ont échoué. Un jugement contradictoire en premier ressort commence par avoir tout de suite autorité de chose jugée ; il ne passera en force de chose jugée qu'autant qu'il ne sera pas attaqué par la voie de l'appel et à l'expiration des délais d'appel. Mais, à ce même moment, il sera aussi irrévocable, car un jugement qui a été susceptible d'appel ne peut pas être attaqué par les voies de recours extraordinaires. Un jugement par défaut en dernier ressort ne passe en force de chose jugée qu'autant qu'il n'y a pas opposition ou que, sur cette opposition, le tribunal rend un jugement de débouté. Dans ce dernier exemple, les trois effets se produiront donc successivement : le jugement aura d'abord autorité de chose jugée au moment même où il sera rendu ; il passera en force de chose jugée à l'expiration du délai d'opposition ou si l'opposition est rejetée ; et enfin il deviendra irrévocable à l'expiration du délai du pourvoi en cassation ou en requête civile ou, si ces voies de recours ont été repoussées, au moment de l'arrêt de rejet.

Ce n'est pas ici le lieu de rappeler les conditions prescrites par la loi pour qu'il y ait autorité de chose jugée et entre quelles personnes. La chose jugée au civil est revêtue, par l'article 1351 du Code civil, d'une présomption de vérité qui produit effet seulement entre les parties au procès et ceux qu'elles y ont représentés, c'est-à-dire leurs héritiers ou autres successeurs universels, ceux qui ont traité avec elles à titre particulier, mais depuis le jugement, enfin leurs créanciers, pourvu que le procès n'ait pas été fait ou soutenu en fraude de leurs droits. Toutes autres personnes sont des tiers et peuvent à ce titre, si on veut leur opposer le jugement, le repousser par l'exception de chose non jugée, ou même prendre les devants et l'attaquer par la voie de la tierce opposition. Ainsi, on reconnaîtra ce droit à ceux qui ont traité à titre particulier avec l'une ou l'autre des parties mais avant le jugement, et aux créanciers de ces parties, si le procès a été fait ou soutenu en fraude de leurs droits.

L'autorité de la chose jugée ne pourrait pas être opposée, si, dans un nouveau procès entre les mêmes parties, l'une d'elles soulevait une autre question. Il n'est pas d'ailleurs nécessaire que la cause et l'objet soient les mêmes dans les deux procès, pour qu'une partie puisse opposer à l'autre la chose jugée : l suffit, mais il faut aussi qu'il y ait *eadem quæstio*. Ainsi, après avoir prétendu que je suis héritier et avoir échoué sur cette demande, je ne puis pas, dans un second procès, agir en paiement d'une créance du défunt contre la même personne ; la cause et l'objet sont différents sans doute, mais la question est la même la seconde que la première fois, celle de savoir qui est héritier. Il en serait de même dans le cas où, après avoir succombé sur une

action en revendication d'un immeuble, je voudrais demander des dommages-intérêts contre la même personne pour des dégradations commises par elle sur cet immeuble.

La présomption de vérité attachée à la chose jugée n'est pas seulement relative et limitée aux parties et à ceux qu'elles ont représentés; elle est, en outre, d'intérêt privé et non pas d'ordre public; d'où il résulte que la violation de la chose jugée ne peut être invoquée que par les parties, à l'exclusion des juges et du ministère public, et qu'elle ne peut pas être proposée pour la première fois devant la Cour de cassation (1).

Cette présomption de vérité attachée à la chose jugée se limite au dispositif du jugement et ne s'étend pas aux motifs ni aux points de fait et de droit (2).

En outre, ce sont seulement les jugements contentieux qui sont revêtus de l'autorité de chose jugée, car eux seuls tranchent un litige; peu importe d'ailleurs qu'ils soient définitifs ou d'avant dire droit. Toutefois, les jugements provisoires n'ont d'autorité de chose jugée que sur le point spécial qu'ils ont tranché. Les jugements interlocutoires ont autorité de chose jugée en tant qu'ils statuent sur l'admission d'une preuve (question de droit), mais non sur les résultats de cette preuve (question de fait). Nous donnerons la même solution pour les jugements préparatoires, malgré l'opinion de certains auteurs qui refusent à ces jugements toute autorité de chose jugée.

Au contraire, les jugements de juridiction gracieuse n'ont pas autorité de chose jugée, car ils n'ont pas tranché un litige (3).

3. Tout jugement étant un acte authentique fait, par cela même, foi jusqu'à inscription de faux, et, par exemple, si on voulait soutenir que les juges ont, après coup, ajouté des motifs ou modifié le fond du jugement, il faudrait s'engager dans cette procédure pour en faire la preuve.

4. Les jugements sont, en principe, déclaratifs des droits des particuliers et n'en créent pas de nouveaux (4). Ainsi, en matière de créance, le jugement n'emporte pas novation (5). De même, les intérêts continuent à courir au profit du créancier, tels qu'ils ont été stipulés; celui-ci conserve toutes ses sûretés, réelles ou personnelles; la cause de l'obligation reste toujours la même, et, par exemple, le prix de vente conserve ce caractère même après la condamnation de l'acheteur à le payer, de sorte que le montant de cette condamnation est garanti par le privilège du vendeur, et qu'en cas d'élection de domicile dans le contrat de vente, c'est aussi à ce domicile que la somme devra être payée. Mais si les juges se sont trompés et ont jugé que le demandeur était créancier, alors qu'en réalité il ne l'était pas, il se produit, à partir du jugement d'une manière provisoire, et à partir du jour où il est devenu irrévocable d'une manière définitive, un effet remarquable : le jugement crée alors une créance qui n'existait pas, et c'est la chose jugée qui

(1) Req., 11 décembre 1895, D. P. 96, 1, 468; civ. rej., 24 décembre 1895, D. P. 96, 1, 322.

(2) Riom, 24 décembre 1890, D. P. 92, 2, 318; trib. de la Seine, 2 décembre 1893, D. P. 94, 2, 465; civ. rej., 2 avril 1895, D. P. 95, 1, 312.

(3) Voy. sur ces différentes espèces, *Jur. gén.. Suppl.*, v° *Chose jugée* n°s 6 et suiv.

(4) Voy. en sens contraire, Bonfils, p. 534.

(5) Douai, 17 février 1890, D. P. 91, 1, 23; trib. de Béthune, 11 août 1892, D. P. 94, 2, 32.

tient lieu de cause à cette obligation. Sauf ce cas, les juges ne peuvent pas plus créer des droits personnels que des droits réels. On ne leur reconnaît pas ce pouvoir, même dans les trois actions divisoires du droit romain. Toutefois, et par exception au principe que la créance n'est pas novée, on admet que tout jugement s'éteint par la prescription de trente ans, même si auparavant la créance était soumise à une autre prescription, par exemple à celle de cinq ans en matière de lettre de change ou d'intérêts des capitaux (1).

D'un autre côté, les jugements relatifs à l'état des personnes ne peuvent pas, à raison de leur nature même, être purement déclaratifs lorsqu ils ont pour objet de changer l'état; ils créent nécessairement des droits nouveaux, par cela même qu'ils frappent une personne d'incapacité ou lui rendent sa capacité. Mais ils rentrent dans le droit commun lorsqu'ils ont seulement pour objet de constater l'état d'une personne, par exemple de décider si elle est française ou étrangère, enfant légitime ou enfant naturel. Nous verrons aussi, à propos des voies d'exécution, que les jugements d'adjudication ou ceux de validité de saisie-arrêt sont translatifs de propriété ou de créance. Ils sont, à vrai dire, des ventes judiciaires ou des actes analogues.

5. Tout jugement qui constate l'existence d'une créance quelconque emporte hypothèque judiciaire, en garantie du paiement de cette créance, sur tous les immeubles du perdant. Cette hypothèque est d'ailleurs soumise à inscription, mais celle-ci peut être prise même avant la signification du jugement, parce qu'elle constitue une mesure conservatoire. Il va sans dire que cette hypothèque tomberait avec le jugement, si celui-ci était plus tard infirmé.

Toute hypothèque supposant une créance à laquelle elle se rattache et qu'elle garantit, il ne peut plus être question d'hypothèque judiciaire si le jugement se borne à constater un droit de famille ou un droit réel quelconque. Mais dès qu'une créance apparaît dans le jugement (2), ne serait-ce que du chef des dépens, elle est garantie par l'hypothèque judiciaire. Au surplus, on remarquera que cette hypothèque est plutôt légale que judiciaire, car c'est la loi qui l'attache au jugement et non le juge qui l'attache à la créance.

6. En tant que le jugement est déclaratif, il produit aussi effet rétroactif; il en est autrement s'il crée un droit nouveau, par exemple s'il établit ou lève une incapacité, le tout à moins d'un texte contraire et formel dans la loi. Par exemple, le jugement qui prononce le divorce ou la séparation de corps ne rétroagit pas en tant qu'il statue sur l'état ou la capacité des époux; mais, en tant qu'il produit effet sur les biens et qu'il s'agit des rapports pécuniaires des époux, ses effets remontent, par suite de la rétroactivité, au jour de la demande (art. 252 nouv. C. civ.; loi du 18 avril 1886) (3), comme en matière de séparation de biens, (art. 1445 C. civ.): la loi dans ces deux cas a eu le soin de le dire expressément.

7. Lorsque le jugement est rendu contre le demandeur, il anéantit les

(1) Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 1285; Aubry et Rau, t. VIII, p. 446.
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 255.
(3) Le jugement de divorce doit, aux termes de l'article 252 du Code civil, être transcrit dans un certain délai.

effets qu'avait produits l'ajournement : notamment la prescription n'a pas été interrompue, et les intérêts moratoires n'ont pas commencé à courir. Il en résulte des applications remarquables au cas de dette solidaire, lorsque le créancier a agi contre un ou plusieurs débiteurs seulement.

8. Tout jugement d'un tribunal français est revêtu, sur la grosse, de la formule exécutoire, qui permet de recourir aux voies d'exécution forcée et à tous autres moyens destinés à en assurer l'exécution par la force publique.

Cette exécution forcée a lieu en vertu de la formule exécutoire, apposée par le greffier sur la grosse du jugement que signe également le greffier. Cette formule exécutoire doit être celle du gouvernement sous lequel l'exécution se poursuit. Ainsi il faut changer la formule exécutoire des expéditions obtenues sous la monarchie ou sous l'Empire; mais les expéditions délivrées sous la seconde République (1848-1852) peuvent encore servir aujourd'hui, parce que la formule exécutoire de ce temps est identique à celle de la troisième République.

# CHAPITRE II

## RÈGLES PROPRES AUX JUGEMENTS PAR DÉFAUT
(ART. 149 à 166 C. m.).

### § 70. — Des diverses espèces de jugements par défaut
(art. 149 à 154 C. pr.).

Le jugement est par défaut, lorsque le défendeur n'a pas comparu, ou que l'une des deux parties n'a pas conclu à l'appel de la cause à l'audience. Il y a, comme on le voit, deux sortes de défauts : le défaut faute de comparaître et le défaut faute de conclure. Comparaître, on s'en souvient, c'est, de la part du demandeur, offrir le procès, et, de la part du défendeur, l'accepter. Le demandeur offre le procès par l'ajournement qui, s'il s'agit d'une affaire de la compétence du tribunal d'arrondissement, contient constitution d'avoué. Si le défendeur veut accepter cette offre, il le fait, soit en constituant avoué, lequel le notifie à l'avoué du demandeur, lorsque l'affaire doit être portée au tribunal d'arrondissement ou à la Cour, soit en se présentant en personne ou par mandataire au jour fixé, lorsque l'affaire est de la compétence d'une juridiction exceptionnelle. Le demandeur comparaît nécessairement toujours, par cela même qu'il fait et signifie l'assignation; il ne peut donc pas y avoir de sa part défaut faute de comparaître; ce défaut ne se présente que de la part du défendeur et on l'appelle aussi défaut contre partie ou même encore défaut faute de constituer avoué s'il a lieu devant un tribunal d'arrondissement ou devant une cour d'appel.

Le défaut faute de conclure est, au contraire, commun aux deux plaideurs. Il suppose que le demandeur, après avoir offert le procès, ou le défendeur après l'avoir accepté, n'y prend pas part, et s'abstient de conclure

à l'appel de la cause. Ce défaut faute de conclure s'appelle aussi défaut faute de plaider ou encore défaut contre avoué dans les juridictions où le ministère de ces officiers ministériels est obligatoire. Le défaut du demandeur s'appelait autrefois plus spécialement congé, et cette expression est encore usitée parfois dans la pratique : le demandeur réclame défaut contre le défendeur, et le défendeur demande congé contre le demandeur.

Il y avait sous l'empire de l'ordonnance de 1667 un troisième défaut, le défaut faute de défense. Il se présentait toutes les fois que le défendeur ne répondait pas à l'assignation en signifiant au demandeur des défenses ou conclusions grossoyées. Mais, aujourd'hui, ces écritures sont devenues purement facultatives (art. 79 C. pr.) et, dès lors, il ne saurait plus être question du défaut faute de défense (1).

Il est toujours très important de savoir si un jugement est par défaut faute de comparaître ou par défaut faute de conclure. La loi établit en effet de sérieuses différences entre ces deux sortes de jugements : les formes de l'opposition sont plus nombreuses en cas de défaut faute de comparaître qu'en cas de défaut faute de conclure; le délai de l'opposition est limité à huit jours contre le jugement par défaut faute de conclure, tandis que l'opposition est permise jusqu'à l'exécution, si le jugement a été rendu par défaut faute de comparaître; ce jugement par défaut faute de comparaître doit être signifié par huissier commis, tandis que pour la signification du jugement par défaut faute de conclure, la loi laisse le choix de l'huissier à la partie; enfin, le jugement par défaut faute de comparaître ne peut être exécuté que pendant six mois à partir de son obtention, tandis que le jugement par défaut faute de conclure est soumis à la prescription ordinaire et peut être exécuté pendant trente ans.

On voit, par ces simples indications, que la loi est bien plus favorable au défendeur en cas de défaut faute de comparaître qu'en cas de défaut faute de conclure : elle veut que le jugement lui soit signifié par huissier commis; elle lui donne le choix entre trois formes d'opposition ; elle lui permet cette opposition jusqu'à l'exécution, et elle veut que cette exécution ait lieu dans les six mois du jugement. Ces faveurs tiennent à ce que le défendeur peut faire défaut faute de comparaître avec la plus complète bonne foi, et, notamment, parce qu'il n'a pas été touché par l'assignation, soit que cet acte ait été signifié à un voisin qui n'a pas remis la copie au défendeur, soit que la signification ait eu lieu à la mairie. Lorsqu'au contraire le défendeur fait défaut faute de conclure, il n'est plus possible d'admettre qu'il n'a pas connu le procès, puisqu'il a constitué avoué. Le plus souvent, il n'a fait défaut que pour gagner du temps ou par esprit de chicane, sachant bien que sur son opposition l'affaire reviendra au tribunal. Le remède à ce mal, qui est très fréquent, consisterait à supprimer le défaut faute de conclure, en décidant que l'affaire sera considérée comme contradictoire toutes les fois que les deux parties auront constitué avoué, même si, dans la suite, une des parties ne prend pas part à la procédure. On pourrait aussi, tout en maintenant le défaut faute de conclure, en mettre les frais à la charge du défaillant, en

(1) Voy., sur les trois sortes de défauts de notre ancien droit, le titre V de l'ordonnance de 1667.

établissant contre lui une présomption de fraude ou de faute qu'il pourrait d'ailleurs combattre par la preuve contraire.

Il est toujours facile de savoir si le défendeur fait défaut faute de comparaître : il suffit de rechercher si, dans le délai de l'ajournement, il a constitué avoué, et si cet avoué a notifié sa constitution à l'avoué du demandeur. Après l'expiration du délai d'ajournement, la constitution serait tardive et le demandeur aurait le droit de prendre défaut faute de comparaître contre le défendeur. Mais il peut aussi renoncer à ce droit et couvrir la nullité résultant de ce que la constitution d'avoué du défendeur a été tardive. Il y a même un cas, comme nous l'avons vu précédemment, dans lequel la loi donne au défendeur le droit de constituer avoué à l'audience même : c'est celui où il a été assigné à bref délai (art. 76 C. pr.) (1).

Le défaut faute de conclure soulève plus de difficultés. Il suppose que l'avoué de l'une des parties, le plus souvent celui du défendeur, a reçu avenir et qu'il ne se présente pas à l'audience, ou que, présent, il garde le silence, ou qu'il y déclare qu'il n'a pas pouvoir à l'effet de conclure. Ce défaut peut donc très bien se présenter, quoiqu'il y ait eu, de la part des plaideurs, des échanges de conclusions avant l'appel de l'affaire : le demandeur a certainement fait connaître les siennes dans l'ajournement, à peine de nullité, et le défendeur a pu en faire autant s'il s'est décidé à rédiger une requête en défense. Ces conclusions n'empêcheront pas l'affaire d'être par défaut si, à l'appel de la cause, l'un ou l'autre des avoués est absent (2) ou, présent à l'audience, ne conclut pas. Il en serait autrement si l'avoué de l'une ou de l'autre des parties, présent à l'audience, refusait son ministère et déclarait qu'il ne consent pas à occuper pour le client. Il est vrai qu'il n'existe pas de mandat *ad litem* entre le client et l'avoué tant que celui-ci n'a pas accepté ; mais il y a, vis-à-vis de l'adversaire, un acte unilatéral de constitution d'avoué qui empêche l'affaire d'être par défaut (3). Dans l'esprit de la loi (art. 75 C. pr.), il existe toujours un avoué dans la cause, tant que celui qui a été constitué n'est ni révoqué, ni suspendu, ni destitué, ni démissionnaire, ni mort. Un avoué a sans doute le droit de déclarer qu'il ne veut pas ou plus occuper pour son client, comme celui-ci peut toujours le révoquer ; mais, si les fonctions de l'avoué sont alors terminées dans ses rapports avec son client, elles continuent cependant vis-à-vis de l'adversaire, tant qu'il n'est pas remplacé. Si l'avoué n'avait qualité vis-à-vis de l'adversaire qu'autant qu'il aurait accepté la constitution, il deviendrait facile de retarder l'affaire sans motif : le défendeur pourrait s'entendre avec son avoué qui déclarerait

(1) Il a été jugé qu'en pareil cas la constitution d'avoué peut être faite par le défendeur, même après les plaidoiries et jusqu'à la clôture des débats. Paris, 4 janvier 1876, D. P. 78, 2, 68. La pratique admet ce mode de procéder, même dans le cas où il ne s'agit pas d'une assignation à bref délai.

(2) Au tribunal de la Seine, la simple remise, au greffier d'audience, des conclusions rédigées par l'avoué, transcrites sur papier libre d'un format spécial, appelées « conclusions sur feuille d'audience », suffit pour lier le débat entre les parties et la présence effective des avoués à l'audience n'est pas exigée. Toutefois, pour que le jugement ait définitivement le caractère contradictoire, il est nécessaire que les conclusions ainsi posées portent sur le fond même du débat (art. 343 C. pr.).

(3) Civ. cass., 18 mai 1887, D. P. 87, 1, 486.

à l'audience qu'il n'accepte pas le mandat; le tribunal rendrait défaut faute de comparaître; sur l'opposition, l'affaire reviendrait au tribunal. Mais n'y a-t-il pas au moins un défaut faute de conclure, lorsqu'à l'appel de la cause l'avoué refuse son mandat? L'affirmative semble s'imposer en doctrine, car on ne peut plus dire que les conclusions ont été échangées à la barre. La partie n'est pas sacrifiée; elle a la voie de l'opposition contre le jugement, dans tous les cas, et une action en dommages-intérêts contre l'avoué, si celui-ci lui a injustement causé préjudice (art. 1382 C. civ.). En pratique, il vaudra mieux ne pas prononcer le défaut et remettre l'affaire à un autre jour, en donnant à la partie le temps nécessaire pour remplacer l'avoué.

Il y a un autre cas dans lequel le jugement par défaut pourrait encore devenir le résultat d'une surprise. Supposons que l'avoué de l'une des parties, par exemple celui du défendeur, ne s'est pas présenté à l'appel de la cause, parce qu'il était en retard ou occupé à une autre chambre, ou pour tout autre motif plus ou moins légitime. Mais, ensuite, il arrive avant que l'audience soit levée et est disposé à conclure, quoique le défaut ait déjà été prononcé contre lui. L'ordonnance de 1667 (tit. XIV, art. 5) (1) voulait que, dans ces circonstances, le jugement par défaut fût retiré ou, comme on disait alors, rabattu; on n'accordait donc au procureur présent le défaut que sauf l'audience, c'est-à-dire à charge d'en perdre le profit pour le cas où le procureur de l'autre partie se présenterait et serait disposé à conclure avant la fin de cette audience. Ce qui était autrefois une loi obligatoire s'est conservé aujourd'hui comme on l'a déjà relevé plus haut, en équité, à titre d'usage dans la pratique et malgré les critiques de certains auteurs, qui prétendent que le Code de procédure n'ayant pas reproduit la disposition de l'ordonnance de 1667, les tribunaux ont perdu le droit de rabattre le défaut, par la raison que le jugement, une fois rendu, n'appartient plus aux juges; ceux-ci ne peuvent le rétracter que sur opposition (2).

Parfois, dans la pratique, l'avoué présent à la barre ne conclut pas, mais remet des mémoires au tribunal. Ces mémoires ne sauraient remplacer des conclusions et le jugement sera par défaut faute de conclure (3).

Mais dès que les conclusions ont été échangées à l'audience, l'affaire devient contradictoire, lors même que ces conclusions ne seraient pas suivies de plaidoiries.

Il faut toutefois rappeler ici qu'au premier appel d'une cause les conclusions réciproques des parties sont fort souvent, à Paris du moins, tout à fait banales et n'ont d'autre objet, de la part des plaideurs, que de poser qualité. L'affaire ne reviendra, pour être plaidée, que dans un temps plus ou moins long, peut-être dans plusieurs mois, et alors seront lues d'autres conclusions, celles qui doivent servir de base aux plaidoiries. On a parfois enseigné et jugé que si, à cette dernière époque, l'une des deux parties ne conclut pas, l'affaire devient par défaut, précisément sous prétexte que les premières

(1) Voy. aussi, pour le droit romain, loi 7, D., *De in integrum restitutione*.

(2) Boucenne, t. III, p. 117.

(3) Jugé que, en instance d'appel, il ne suffit pas qu'il y ait signification respective de mémoires contenant les griefs contre le jugement attaqué pour que l'affaire soit contradictoire. Req., 10 février 1868, D. P. 68, 1, 391.

conclusions ne sont ordinairement pas sérieuses. Même en admettant qu'elles soient banales quant au fond, elles n'en ont pas moins servi de part et d'autre à poser qualité et cela suffit pour que l'affaire soit contradictoire (1).

Parfois, cependant, il est nécessaire de poser une seconde fois qualité au cours d'une instance : c'est ce qui se produit, si cette instance se trouve modifiée par un incident. Le tribunal a-t-il ordonné une preuve, une enquête, une expertise, il faut nécessairement poser de nouveau qualité après cet incident qui a pu modifier la situation respective des plaideurs; de même, si un partage s'est produit ou si le personnel du tribunal a changé, auxquels cas on doit recommencer l'instruction, et si alors une partie ne concluait pas de nouveau, il y aurait défaut de sa part (2).

Il peut donc arriver qu'une affaire commencée contradictoirement se termine par défaut. C'est ce qui se produirait, par exemple, si l'avoué du défendeur avait posé des conclusions d'incompétence ou de nullité d'exploit qui auraient été repoussées par un jugement contradictoire et si, ensuite, ce même avoué refusait de conclure au fond (3).

Il y a plus : un même jugement peut être pour partie contradictoire, pour partie par défaut; il suffit de supposer que le demandeur a présenté plusieurs chefs de conclusions, que le défendeur a répondu aux uns et gardé le silence vis-à-vis des autres.

Tels sont les faits auxquels il faut s'attacher pour savoir si un jugement est par défaut, et il aura ce caractère, même si les juges l'ont à tort qualifié de jugement contradictoire (4); seulement, on commencera par présumer, et jusqu'à preuve contraire, que la qualification donnée par les juges est conforme à la loi.

Toutes les fois que le défendeur fait défaut faute de comparaître, le tribunal est chargé d'une double mission. Aux termes de l'article 150, dont la disposition vise directement le défaut faute de comparaître et doit s'étendre au cas de défaut faute de conclure de la part du défendeur, en premier lieu, le tribunal donne défaut contre le défendeur; c'est la simple constatation d'un fait, qui ne saurait soulever aucune difficulté. Sous l'empire de l'ordonnance de 1667, le défaut faute de comparaître était donné au greffe, mais non pas le défaut faute de défense ou faute de conclure, à moins qu'il ne se présentât dans les cours souveraines (5). Aujourd'hui, tout défaut se prend à l'audience.

En second lieu, le tribunal accorde au demandeur le profit du défaut, c'est-à-dire le bénéfice de ses conclusions, « si elles se trouvent justes et dûment vérifiées » (6). Le législateur n'entend pas dire par là que le défaut du défendeur dispense le demandeur de faire sa preuve, mais cependant on devra, en toute équité, lui tenir compte de l'absence du défendeur qui lui

(1) Cette manière de voir est à peu près unanimement admise, au tribunal de la Seine notamment.

(2) Paris, 12 novembre 1888, *Gazette du Palais*, 88, 2, 540.

(3) Cette dernière espèce, la plus fréquente, est un moyen dilatoire, journellement employé par les débiteurs de mauvaise foi pour retarder la fin du procès.

(4) Civ. rej., 19 novembre 1897, D. P. 98, 1, 127.

(5) Ord. de 1667, tit. XI, art. 3.

(6) Expression empruntée à l'ord. de 1667, tit. XI, art. 5.

enlève certains moyens de preuve, tels que l'aveu et le serment. Peut-être aurait-il établi son droit par l'un ou l'autre de ces moyens et le tribunal, en tenant compte de cette considération, pourra reconnaître l'existence de sa créance, bien que celle-ci soit supérieure à 150 francs et ne soit pas établie par écrit.

On s'est demandé si le tribunal pourrait ordonner, même d'office, telle ou telle preuve, par exemple une enquête ou une expertise. Le doute provient de ce que l'article 150 parle seulement du droit qu'il reconnaît au tribunal d'ordonner que les pièces soient mises sur le bureau. Mais ces expressions ont été empruntées un peu légèrement à l'ordonnance de 1667 qui s'en sert pour un cas tout à fait spécial et le législateur actuel a voulu seulement dire qu'en cas de défaut du défendeur, le tribunal n'est pas obligé d'accorder sur-le-champ au demandeur le bénéfice de ses conclusions. D'ailleurs, d'autres articles font allusion à des jugements par défaut prescrivant certaines mesures d'instruction (voy. par exemple les articles 257 et 261 du Code de procédure). Il faut aller jusqu'à reconnaître au tribunal le droit d'ordonner une instruction par écrit.

En fait, les tribunaux se dispensent de toute mesure d'instruction, du moment que le défendeur fait défaut. On en donne pour raison que ce défenseur n'est pas sacrifié, puisqu'il a l'opposition à sa disposition, mais ce procédé d'une justice trop expéditive, déjà usité dans notre ancienne France, n'en présente pas moins de très graves dangers.

Il y a même deux cas dans lesquels les tribunaux devraient toujours ordonner l'instruction, même d'office : d'abord pour toutes les affaires dans lesquelles l'ordre public est intéressé, comme en matière de divorce ou de séparation de corps ; ensuite, dans tous les cas où l'aveu, exprès ou tacite, n'est pas admis par la loi comme moyen de preuve. En supprimant l'instruction dans ces circonstances, on donne aux plaideurs le moyen de tourner les lois d'ordre public ou d'introduire l'aveu tacite sous forme de défaut. Par exemple, deux époux pourront obtenir un divorce par consentement mutuel, quoique la loi le défende, en prétextant l'un contre l'autre des excès, sévices ou injures graves qui, en réalité, n'existent pas et que l'époux demandeur ne pourrait pas établir si on lui imposait la charge de la preuve (1).

Lorsqu'une affaire est soumise à communication au ministère public, le défaut du défendeur ne dispense pas de cette formalité.

Nous avons jusqu'à présent supposé que le demandeur a actionné un seul défendeur. S'il en a mis deux ou plusieurs en cause et si aucun d'eux ne comparaît, le demandeur obtiendra jugement par défaut contre tous. Mais ces différents défendeurs, s'ils sont domiciliés à des distances différentes, auront chacun un délai particulier pour comparaître. Faut-il permettre au demandeur de prendre successivement défaut contre chacun d'eux à mesure que chaque délai de comparution expire, et si ces délais arrivent tous à l'échéance, faut-il autoriser le demandeur à prendre autant de jugements par défaut

(1) A certaines audiences du tribunal civil de la Seine, on a prononcé plus de cent divorces en trois heures, sans ordonner aucune preuve préalable et en s'en tenant aux simples procès-verbaux dressés par les commissaires de police, qui sont trop souvent rédigés d'après les déclarations des concierges.

qu'il y a de défendeurs? La loi ne l'a pas voulu et, pour éviter la multiplicité des frais, elle a posé deux règles dans les articles 151 et 152 du Code de procédure :

1° Lorsque les défendeurs ont des délais différents pour comparaître, le demandeur doit attendre l'expiration du délai le plus long pour prendre défaut.

2° A ce moment, il ne peut demander qu'un seul jugement par défaut contre les différents défendeurs.

S'il demandait et obtenait plusieurs jugements, ceux-ci ne seraient pas nuls, mais l'avoué de ce demandeur supporterait les frais de tous ces jugements sauf un ; ce sont, en effet, des frais frustratoires. La loi n'édicte cette sanction que pour la seconde règle, mais il faut évidemment l'étendre à la première par identité de motifs.

Si le demandeur avait successivement pris défaut contre quelques-uns des défendeurs et si ensuite les autres comparaissaient, nous ne serions plus dans l'hypothèse de l'article 151 qui suppose tous les défendeurs défaillants, mais dans celle de l'article 153 qui est d'ordre public, et il en résulterait que, dans ce cas, les jugements par défaut pris avant l'expiration du délai le plus long de comparution seraient entachés de nullité.

Ce cas de l'article 153 est le suivant : il ne suppose plus que tous les défendeurs font défaut faute de comparaître, mais que, parmi eux, les uns comparaissent et les autres ne comparaissent pas. Il sera suffisant pour la clarté des explications de supposer deux défendeurs, Primus qui comparaît et Secundus qui ne constitue pas avoué. Si la loi n'avait pas réglé ce cas d'une manière spéciale, l'application du droit commun conduirait à dire que le demandeur doit obtenir un jugement qui serait contradictoire vis-à-vis de Primus et par défaut faute de comparaître vis-à-vis de Secundus. Mais cette situation pourrait avoir un fâcheux résultat : Secundus pourrait faire opposition au jugement sur le fond, puisqu'il est par défaut à son égard et, sur cette opposition, les juges mieux instruits par Secundus réformeraient peut-être à son profit le premier jugement ; celui-ci n'en resterait pas moins debout et valable vis-à-vis de Primus, puisqu'il n'a pas le droit de faire opposition. On aboutit ainsi à une contrariété de jugements dans la même affaire, ce qui est toujours fâcheux et ce qui parfois rendrait impossible l'exécution des jugements. On avait déjà autrefois songé à ces difficultés et, pour les écarter, l'ordonnance de d'Aguesseau de 1738 avait imaginé de considérer les défendeurs comparants comme représentant les défendeurs défaillants, de sorte que le jugement était contradictoire pour tous et que la voie de l'opposition était refusée.

Mais les rédacteurs du Code de procédure ont estimé qu'il était dangereux de mettre les défaillants à la discrétion des comparants. En outre, ils ont toujours été préoccupés de ce qu'un défendeur peut faire défaut faute de comparaître, parce qu'il n'a pas été touché par l'ajournement et n'a pas connu le procès.

Aussi le Code de procédure a-t-il établi un système tout nouveau, celui de l'article 153. Ce système suppose nécessairement qu'il existe au moins deux défendeurs dont l'un fait défaut ; si le demandeur se désiste contre ce

dernier, il ne reste plus qu'un défendeur qui comparaît et il n'y a plus lieu au jugement par défaut profit joint (1).

Lorsque de deux (ou plusieurs) défendeurs l'un a comparu et l'autre a fait défaut faute de comparaître, le tribunal doit, soit à la demande de l'une quelconque des parties qui ont comparu, soit même d'office, rendre un jugement préparatoire appelé jugement par défaut profit joint ou encore jugement de jonction. Ce jugement comprend trois dispositions principales : 1° il constate d'abord le défaut faute de comparaître d'un ou de plusieurs des défendeurs; 2° puis, au lieu d'accorder au demandeur le profit de ce défaut, c'est-à-dire de lui adjuger le bénéfice de ses conclusions contre les défaillants, le jugement réserve pour le moment ce profit et le joint à la cause contradictoirement engagée avec les défendeurs qui ont comparu; c'est pour ce motif que ce jugement porte le nom de profit joint ou jugement de jonction; 3° le tribunal ordonne, par le même jugement, que les défendeurs qui n'ont pas comparu soient réassignés, et la loi, pour rendre plus certaine la signification de l'ajournement, veut que la réassignation soit faite par un huissier commis. La réassignation du défendeur qui n'a pas comparu serait nulle si elle était faite par un autre huissier, mais la nullité serait couverte si le défendeur réassigné comparaissait et ne soulevait pas ce moyen. Il faut observer, pour cette réassignation, les délais ordinaires des ajournements, même si la première assignation a été donnée à bref délai, à moins que le jugement de jonction ne déclare le contraire. Si le défendeur réassigné constitue avoué, il a même quinzaine pour ses défenses, en supposant que l'affaire soit ordinaire (art. 77 C. pr.) au lieu d'être sommaire; d'ailleurs le jugement par défaut profit joint est commun aux matières ordinaires et aux matières sommaires.

Lorsque le défendeur, au lieu de constituer avoué, continue à faire défaut faute de comparaître, cette fois la loi présume qu'il y a mauvais vouloir de sa part et pour mettre terme à cette situation, qui ne saurait se prolonger sans inconvénient, elle décide que l'affaire sera instruite et jugée comme si tous les défendeurs avaient comparu et conclu. Le jugement devient donc contradictoire par fiction vis-à-vis du défendeur récalcitrant qui n'a pas le droit de l'attaquer par la voie de l'opposition, et ainsi sont évitées des chances de contrariété de jugements dans la même affaire. Le profit du défaut qui avait d'abord été réservé est maintenant accordé au demandeur et il ne consiste pas seulement dans le bénéfice de ses conclusions qui lui sont adjugées, mais aussi dans le refus d'opposition au défaillant.

La disposition de l'article 153, ayant pour objet la bonne administration de la justice en évitant des jugements en sens contraire dans la même affaire ainsi que des frais et des longueurs, est manifestement d'ordre public. Aussi avons-nous accordé le droit de demander le jugement par défaut profit joint, non seulement au demandeur, mais encore aux autres parties en cause qui ont comparu. En cas de silence de leur part, le ministère public devrait le provoquer et même, à son défaut, le tribunal devrait le prononcer d'office. S'il omettait de rendre ce jugement sur demande ou d'office, il y aurait

(1) Civ. rej., 2 mai 1900, D. P. 1900, 1, 363.

nullité de la procédure et des jugements de l'affaire. Cette nullité pourrait être proposée pendant le procès en tout état de cause et après le jugement de l'affaire au moyen des voies de recours (1).

Mais cependant si les parties gardaient le silence et si le tribunal n'avait pas connaissance de l'existence d'un défendeur qui n'a pas comparu, le jugement qu'il rendrait sur le fond, dans ces circonstances, serait parfaitement valable : on ne saurait lui reprocher de n'avoir pas tenu compte du défendeur défaillant puisqu'il n'a pas connu son existence (2).

Il n'y a pas non plus lieu au jugement par défaut profit joint, lorsque des deux personnes mises en cause, l'une seulement joue le rôle de défendeur et l'autre est appelée pour autoriser la première : tel est le cas où le mari est assigné pour autoriser sa femme ; l'article 153 suppose pluralité de défendeurs et, du moment qu'il n'en existe qu'un seul, aucune contrariété de jugements n'est à craindre (3). Il n'y aurait pas non plus lieu au jugement par défaut profit joint si les défendeurs étaient assignés pour des objets différents quoique dans la même instance (4). Enfin l'article 153 suppose aussi que les défendeurs ont été assignés par le demandeur. Si l'un des défendeurs assigne lui-même une autre personne, par exemple si l'acheteur menacé d'éviction appelle en cause son garant, il n'y a pas non plus lieu au jugement par défaut profit joint, pour le cas où ce garant ferait défaut faute de comparaître (5).

Nous avons toujours supposé jusqu'à présent, avec le texte de l'article 153 du Code de procédure, que des deux défendeurs le défaillant fait défaut faute de comparaître. Mais s'il y avait de sa part défaut faute de conclure, le tribunal devrait-il encore rendre un défaut profit joint ? Au premier abord, on est porté à répondre affirmativement pour éviter des chances de contrariété de jugements dans la même affaire, ce qui pourrait se produire, en effet, si le défaillant avait le droit d'opposition. Mais si l'on recherche en quoi consiste le système de l'article 153 du Code de procédure, on arrive à se convaincre en sens inverse et à écarter ici l'application du jugement par défaut profit joint. En organisant la procédure qui conduit à ce jugement, l'article 153 est parti de cette idée, que, si le défaillant n'a pas comparu, c'est probablement parce qu'il n'a pas été touché par son assignation et qu'il n'a pas connu l'affaire ; aussi l'article 153 veut-il qu'il soit réassigné par huissier commis. Mais toute autre est la situation si le défaillant a comparu en constituant avoué sans conclure ensuite. On ne peut plus dire qu'il n'a pas connu l'affaire, puisque la preuve contraire résulte de ce qu'il a constitué avoué, et il serait tout à fait déraisonnable de le réassigner, par cela même qu'il a déjà répondu à la première assignation.

(1) Civ. rej., 19 juillet 1876, D. P. 77, 1, 100 ; civ. cass. 19 avril 1886, D. P. 86, 1, 334 et ma note ; Grenoble, 5 décembre 1890, D. P. 92, 2, 237 ; Besançon, 22 janvier 1896, D. P. 96, 2, 143.

(2) Req., 3 avril 1872, S. 73, 1, 101 ; voy. par analogie, civ. rej., 30 octobre 1889, D. P. 90, 1, 81.

(3) Nancy, 16 avril 1877, D. P. 77, 1, 100 ; Paris, 26 mars 1888, *Gazette du Palais*, 88, 1, 707.

(4) Req., 4 mars 1889, D. P. 90, 1, 184.

(5) Nancy, 18 mai 1872, S. 72, 2, 190.

Nous n'étendrons donc pas l'article 153 du cas de défaut faute de comparaître à celui de défaut faute de conclure. Il en résultera que le défaillant aura la voie de l'opposition et que s'il fait réformer à son profit le jugement, il se produira une contrariété de décisions dans la même affaire. Mais ici se place une remarque importante. Sans doute, le législateur fait ce qu'il peut pour éviter les chances de contrariété de jugements; toutefois il n'a et ne peut pas avoir la prétention de les rendre impossibles. Supposons, par exemple, que tous les défendeurs ont fait défaut faute de comparaître ou faute de conclure et que le demandeur a obtenu le bénéfice de ses conclusions contre tous; quelques-uns acceptent le jugement qui les condamne; les autres font opposition et obtiennent la réformation du jugement. N'y a-t-il pas encore dans ce cas contrariété de jugements dans la même affaire (1)? Ces observations nous faciliteront la solution d'une question plus compliquée et plus délicate.

Supposons que le demandeur a assigné trois défendeurs : Primus comparaît ; Secundus ne comparaît pas ; Tertius comparaît. Il est évident que le tribunal doit rendre un jugement par défaut profit joint, puisque, parmi les défendeurs, il en est un, Secundus, qui n'a pas comparu. Secundus sera réassigné par huissier commis. Lorsque l'affaire revient pour la seconde fois devant le tribunal, Primus conclut, Secundus continue à ne pas comparaître et Tertius comparaît, mais ne conclut pas. Il est hors de doute que le jugement sur le fond sera contradictoire vis-à-vis de Primus qui a comparu et a conclu. Il le sera également et par fiction contre Secundus qui n'a pas comparu après avoir été réassigné. C'est la conséquence du jugement par défaut profit joint. Mais vis-à-vis de Tertius qui a comparu et n'a pas conclu, quelle est la nature du jugement sur le fond? Est-il fictivement contradictoire comme vis-à-vis de Secundus ou est-il par défaut et comme tel susceptible d'opposition de la part de Tertius?

La question est controversée. Pour soutenir que ce jugement sur le fond est fictivement contradictoire vis-à-vis de Tertius, on invoque le texte de l'article 153, lequel déclare que le jugement intervenu à la suite d'un profit joint « ne sera pas susceptible d'opposition ». La loi est absolue et ne fait aucune distinction entre les différents défendeurs et c'est qu'en effet, si l'on accordait dans notre espèce l'opposition à Tertius, on pourrait encore courir la chance d'une contrariété de jugements dans la même affaire.

Ces deux observations ne nous paraissent pourtant pas décisives et nous préférons dire que le jugement est par défaut et susceptible d'opposition de la part de Tertius. D'abord, il faut bien reconnaître que la loi n'a pas songé à ce cas : l'article 153 suppose que, parmi les défendeurs, les uns ont comparu et les autres n'ont pas comparu. Mais il ne dit rien du défaut faute de conclure et nous venons de voir que la procédure qu'il organise ne saurait s'y appliquer. Pourquoi la situation de celui qui a fait défaut faute de conclure serait-elle modifiée parce qu'il existerait aussi un défaillant faute de comparaître? Il est resté étranger au jugement par défaut profit joint et le jugement sur le fond est, à son égard, le premier jugement par défaut

(1) Voy. sur cette controverse la note au D. P. 1900, 1, 363.

rendu contre lui. S'il était seul en cause, il pourrait certainement faire opposition ; pourquoi serait-il privé de ce droit en vertu du jugement par défaut profit joint qui ne le concerne pas et dont il ignore peut-être même l'existence ? (1).

Nous avons supposé jusqu'à présent que le défaut provenait du défendeur. Mais il se produit aussi du côté du demandeur (art. 154). Celui-ci ne peut sans doute pas faire défaut faute de comparaître, par cela même qu'il offre nécessairement le procès et qu'il doit constituer avoué dans l'ajournement à peine de nullité. Si l'avoué constitué dans l'ajournement par le demandeur refuse d'occuper pour lui, même dans ce cas on ne peut pas, comme on l'a vu, considérer le demandeur comme faisant défaut faute de comparaître. L'avoué qui ne veut pas occuper ne fera pas d'acte pour le demandeur, ne conclura pas, mais il sera toujours le mandataire légal, pour recevoir les actes jusqu'à la constitution d'un nouvel avoué. C'est ce qui résulte par analogie de ce que décide l'article 75 pour l'avoué révoqué. Le demandeur ne peut donc faire défaut que faute de conclure et le tribunal rend alors, sur les conclusions du défendeur et à son profit, un jugement appelé jugement par défaut congé. Ce jugement donne-t-il seulement congé ou relaxe de l'instance commencée, sans statuer sur le fond, ou bien peut-il même juger l'affaire au fond et par défaut contre le demandeur ?

La question offre un grand intérêt pratique. Toutes les fois que le jugement par défaut congé fera seulement tomber l'instance sans statuer sur le fond, comme il n'aura pas jugé l'affaire, il n'aura pas non plus autorité de chose jugée ; il ne sera pas susceptible de voie de recours, ni d'opposition de la part du demandeur défaillant, ni d'appel ; mais le demandeur pourra renouveler son action tant qu'elle ne sera pas éteinte par prescription ; seulement, il faut avoir soin de relever ici que cette prescription a cessé d'avoir été interrompue par l'ajournement, puisque cet acte de procédure fait partie d'une instance qui est tombée aux dépens du demandeur. Si, au contraire, le tribunal peut statuer et a statué sur le fond, alors ce même jugement a autorité de chose jugée ; le demandeur défaillant peut l'attaquer par la voie de l'opposition ou par celle de l'appel, mais il n'a plus le droit de renouveler son action.

En droit romain, on décidait que ce jugement par défaut contre le demandeur avait seulement pour effet de faire tomber l'instance : le défendeur obtenait son congé, mais il n'avait pas le droit de demander qu'il fût statué sur le fond et cette doctrine fut suivie dans l'ancienne procédure jusqu'à l'ordonnance de 1667 (2). Cette ordonnance porte dans son titre XIV, art. 4, qu'en pareil cas « le défendeur sera renvoyé absous, ou, si c'est le demandeur (qui comparaît), ses conclusions lui seront adjugées si elles sont trouvées justes et bien vérifiées ». Dans le projet de l'ordonnance, on avait mis que le défendeur serait renvoyé sur-le-champ « absous des conclusions

(1) *Contra* req., 7 juin 1848, D. P. 48, 1, 567 ; Aix, 5 mai 1870, D. P. 72, 2, 139 ; Carré et Chauveau, *Question* 632.

(2) C'est ce que décidait déjà le droit romain, loi 73, § 1, *De judiciis* 5, 1 ; Boutellier, *Somme rural*, au titre des défauts et contumaces ; Imbert, *Pratique judiciaire*, liv. I, chap. 13 ; Despeisses, *Traité de l'ordre judiciaire*, tit. II, *Des défauts*, n° 13.

prises contre lui ». C'était là une innovation. Ensuite le projet a été modifié et on s'est contenté de dire que « le défendeur sera renvoyé absous». Était-ce dans le but d'écarter ou d'admettre l'innovation projetée ? Nos anciens jurisconsultes n'ont pas pu s'entendre sur ce point. Les uns pensaient que désormais le congé entraînait aussi rejet des conclusions du demandeur, tandis que d'autres, en plus grand nombre, se prononçaient pour le maintien de l'ancienne doctrine ou, par prudence, s'abstenaient de toute explication (1).

De nos jours, la controverse s'est élargie à cause de l'insuffisance des textes qui reproduisent les formules de l'ordonnance de 1667. L'article 154 est ainsi conçu : « Le défendeur qui aura constitué avoué pourra, sans avoir fourni de défenses, suivre l'audience par un seul acte et prendre défaut contre le demandeur qui ne comparaîtrait pas. » L'article 434, qui traite la même question pour les affaires commerciales, porte : « Si le demandeur ne se présente pas, le tribunal donnera défaut et renverra le défendeur de la demande. » La rédaction de ces deux articles est visiblement défectueuse. L'article 154 a d'abord le tort de parler d'un demandeur qui ne comparaît pas ; on a vu, en effet, que le demandeur ne peut pas faire défaut faute de comparaître. Le législateur a certainement voulu dire : « contre le demandeur qui ne conclurait pas. » En second lieu, la formule : « prendre défaut » de l'article 154 et celle de l'article 434 : « renverra le défendeur de la demande » signifient-elles que le congé vaut simple relaxe de l'assignation, sans toucher au fond, ou qu'il implique rejet des conclusions du demandeur ?

Suivant les uns, le Code de procédure a voulu suivre l'ancien droit. Or, avant l'ordonnance de 1667, le congé ne valait que relaxe de l'ajournement et cette opinion avait encore prévalu après l'ordonnance. Si l'on rapproche l'article 150 du Code de procédure, relatif au défaut du défendeur, de l'article 154 du Code de procédure, qui concerne le défaut du demandeur, on voit que, dans le premier cas, la loi permet formellement au tribunal d'adjuger au demandeur le bénéfice de ses conclusions lorsqu'elles sont justes et bien vérifiées, tandis que, dans le second cas, les articles 154 et 434 ont bien soin d'éviter cette formule pour montrer que le fond du droit est réservé. Le défendeur ne peut donc que recevoir son congé ; il n'a pas le droit de demander et ne saurait obtenir que le fond soit jugé par défaut contre son adversaire (2). Aussi, dans ce système, le jugement par défaut congé, ne jugeant pas le fond, n'est pas susceptible d'opposition ni d'appel, et le demandeur pourra renouveler son action (3). Il n'y a, d'ailleurs,

(1) Voy., par exemple, Jousse, sur le titre IV, art. 3 de l'ordonnance et sur le titre XIV, art. 4. Rodier, sur le titre V, art. 1 et 2, estime que l'ordonnance a innové, mais il reconnaît aussi qu'au parlement de Toulouse on a continué à décider que le congé continuerait seulement à emporter relaxe de l'assignation.

(2) Req., 17 juin 1856, D. P. 57, 1, 504, et sur le défaut congé en cause d'appel : Limoges, 25 juillet 1887, D. P. 88, 2, 103 ; req., 24 décembre 1890, D. P. 92, 1, 182 et les arrêts cités.

(3) Dijon, 8 juillet 1830, D. P. 32, 1, 356. Ajoutons cependant que la jurisprudence, sans se préoccuper de ces deux opinions, admet généralement que, dans tous les cas, le jugement ou l'arrêt de défaut congé sont susceptibles d'opposition : Poitiers, 9 avril 1837, S. 37, 2, 417 ; Bordeaux, 11 février 1853, D. P. 53, 5, 275 ; Bastia, 14 août 1866, D. P. 68, 2, 10 ; Chambéry, 14 février 1894, D. P. 96, 2, 44.

pas à craindre que le défendeur soit abandonné à sa discrétion et menacé de procès successifs, car il est bien entendu que le demandeur, renonçant à l'instance, doit en payer les frais, ce qui tempérera toujours son ardeur processive.

Certains auteurs et arrêts, tout en se rattachant à ce système, admettent, pour un cas particulier, l'opposition au profit du demandeur contre le jugement par défaut congé : c'est celui où ce jugement, sans statuer sur le fond, a cependant porté préjudice au demandeur, parce qu'en faisant tomber l'instance il a empêché la prescription d'avoir été interrompue par l'ajournement et que, maintenant, cette prescription est accomplie. Mais ce résultat est-il bien la conséquence du jugement, ou ne provient-il pas plutôt du fait même du demandeur d'avoir abandonné l'instance? Le jugement s'est borné à constater ce fait, et du moment que l'instance est tombée par la volonté du demandeur, celui-ci n'a pas le droit de se plaindre et il faut lui refuser l'opposition. Cette voie de recours ne pourrait lui être accordée dans ce système qu'autant que le tribunal aurait, par erreur, jugé le fond en même temps qu'il aurait donné congé.

Dans une seconde opinion, on prétend que les textes actuels sont suffisants pour autoriser le tribunal à statuer sur le fond et certains auteurs vont même jusqu'à soutenir que le fait seul du tribunal de donner congé implique, sans aucun motif exprès, rejet des conclusions du demandeur qui perd son action, mais peut attaquer le jugement par la voie de l'opposition (1). Cette doctrine pouvait être acceptée sous l'empire de l'ordonnance de 1667, parce qu'alors les juges n'étaient pas tenus de motiver leurs décisions. Mais il n'en est plus de même aujourd'hui. On voit d'ailleurs toutes les surprises qui pourraient résulter d'une pareille solution.

A notre avis, pour trancher cette question, il faut s'attacher moins aux textes de la loi qui manquent de précision, qu'à la nature de l'acte du demandeur qui ne conclut pas à l'audience. Que signifie ce silence ou cette abstention? Il nous semble qu'on ne peut pas les interpréter autrement que dans le sens d'un désistement tacite. En s'abstenant de conclure, le demandeur, après avoir offert le procès, propose maintenant de l'abandonner; mais, comme en cas de désistement exprès, ce désistement tacite ne porte que sur l'instance et le demandeur entend réserver son droit et son action pour l'avenir. Cette interprétation est imposée d'abord par l'analogie qui doit exister entre ces deux sortes de désistement, ensuite à raison du principe suivant lequel les renonciations s'interprètent toujours de la manière la plus restrictive.

De ce qu'il existe de la part du demandeur une offre de désistement, nous conclurons tout naturellement que le défendeur est lui aussi, de son côté, placé dans la même situation qu'en cas d'offre de désistement formelle. Or il est de principe que le défendeur est libre d'accepter ou de repousser le désistement. C'est aussi la solution qu'il faut donner en cas de défaut faute de conclure du demandeur. Ce défaut n'étant qu'une forme de désistement de l'instance, le défendeur peut l'accepter et alors le jugement de congé donne

(1) Voy. note *supra*; req., 21 janvier 1874, D. P. 74, 1, 311.

simplement relaxe de l'ajournement, sans statuer sur l'affaire, de sorte que le demandeur n'a pas le droit d'attaquer ce jugement, mais conserve son action. Le défendeur peut, s'il le préfère, repousser l'offre du désistement tacite et déclarer par des conclusions prises à la barre qu'il entend que l'affaire soit jugée au fond; dans ce cas, le tribunal ne se bornera plus à donner congé et videra le procès ; le jugement aura autorité de chose jugée, sauf le droit, pour le demandeur, d'y faire opposition. Mais on doit, toutes les fois que le défendeur prend ce second parti et pour éviter toute chance de surprise, l'obliger à signifier au demandeur ses conclusions sur le fond. Cette solution est la seule qui explique exactement le véritable sens du défaut du demandeur et elle n'est nullement en contradiction avec les textes de la loi qui manquent de précision.

Le Code n'a pas prévu le cas où, parmi les demandeurs, les uns concluraient et les autres ne concluraient pas. On appliquera donc le droit commun : l'affaire sera jugée et instruite contradictoirement vis-à-vis des premiers et il y aura congé vis-à-vis des seconds, comme en cas de désistement formel.

Il n'est pas douteux que le ministère public, partie principale, peut faire défaut faute de conclure : c'est ce qui se produira toutes les fois que, demandeur ou défendeur, il refusera de lire ses conclusions à l'audience, et on appliquera, dans ce cas, les règles ordinaires du défaut. Mais peut-il aussi faire défaut faute de comparaître, lorsqu'il est défendeur? On l'a nié sous prétexte que le ministère public est nécessairement présent à l'audience, puisque autrement le tribunal ne serait pas valablement constitué, et en faisant remarquer qu'il n'est pas tenu de constituer avoué, bien qu'il en ait cependant la faculté. Tout ce qui découle de cette seconde considération, c'est que le défaut faute de comparaître ne pourra pas résulter, de la part du ministère public, de ce qu'il n'aura pas choisi un avoué. Mais il n'est pas permis d'en conclure qu'il ne peut pas faire défaut faute de comparaître lorsqu'il est défendeur. Il faut bien s'entendre aussi sur le sens technique de ce mot comparaître. Ainsi qu'on l'a observé plus haut, comparaître ne doit pas être pris ici dans son sens vulgaire. En procédure, on entend par là l'acceptation du débat par le défendeur; il peut très bien arriver qu'on comparaisse sans être présent à l'audience et qu'on fasse défaut, quoique présent à la barre. Le défendeur ordinaire comparaît en se faisant représenter par un avoué devant les tribunaux d'arrondissement et les cours d'appel ; devant les autres juridictions, en envoyant un mandataire quelconque, s'il ne veut pas se présenter en personne, pour déclarer qu'il accepte le débat, sauf à n'y pas prendre part ensuite. Le ministère public n'est sans doute pas tenu de constituer avoué, mais il n'est pas dispensé de l'obligation de déclarer s'il accepte le débat. Cette déclaration, il la fera, par exploit d'huissier signifié au demandeur, et qui remplacera la signification ordinaire de la constitution d'avoué. Cet acte d'huissier et sa signification s'imposent, car autrement on ne voit pas quel pourrait être le point de départ de la quinzaine donnée au ministère public, comme à tout autre défendeur, par l'article 77 pour rédiger et signifier ses défenses. Si donc le ministère public ne signifie pas par acte d'huissier qu'il accepte le débat, il fait défaut faute de comparaître; si après avoir fait cette signification et celle de ses défenses, il refuse à l'audience de

pas à craindre que le défendeur soit abandonn procès successifs, car il est bien entendu que l'instance, doit en payer les frais, ce qui processive.

Certains auteurs et arrêts, tout en se ratt pour un cas particulier, l'opposition au pro ment par défaut congé : c'est celui où ce ju cependant porté préjudice au demand instance il a empêché la prescription d ement et que, maintenant, cette prescrip st-il bien la conséquence du jugement même du demandeur d'avoir abandonn constater ce fait, et du moment que u demandeur, celui-ci n'a pas le droit opposition. Cette voie de recours n ystème qu'autant que le tribunal au emps qu'il aurait donné congé.

Dans une seconde opinion, on préten pour autoriser le tribunal à statuer même jusqu'à soutenir que le fait seul ans aucun motif exprès, rejet des co ction, mais peut attaquer le jugemen octrine pouvait être acceptée sous l' u'alors les juges n'étaient pas tenus st plus de même aujourd'hui. On v ourraient résulter d'une pareille solu

A notre avis, pour trancher cette xtes de la loi qui manquent de p emandeur qui ne conclut pas à l'aud ostention? Il nous semble qu'on ne ns le sens d'un désistement taci mandeur, après avoir offert le procès, tis, comme en cas de désistement e sur l'instance et le demandeur en r l'avenir. Cette interprétation est i ter entre ces deux sortes de désist ant lequel les renonciatio rictive.

ce qu'il existe de la p lurons tout naturel dans la même situ principe qu d l. C'est

défaut sont en principe susceptibles d'opposition quelle que soit la juridiction qui les a rendus ; peu non susceptibles d'appel. Seulement, nous verrons rendus en premier ressort, la voie de l'appel n'est jour où la voie de l'opposition est fermée. Il en était onnance de 1667, qui interdisait l'opposition toutes les permis. Elle se proposait de combattre l'abus qui dre défaut pour gagner du temps ; on faisait remarquer défaillant n'était pas sacrifié, du moment qu'il avait à sa l'appel. Mais on ne tarda pas à remarquer que le côté, s'efforçait fort souvent d'obtenir, même par surpar défaut contre son adversaire pour l'obliger à l'appel, beaucoup plus lente et plus coûteuse que celle i, dans la pratique, on n'observa pas l'ordonnance et on même contre les jugements susceptibles d'appel.

délais de l'opposition diffèrent suivant que le jugement de conclure ou par défaut faute de comparaître, mais voie de recours sont toujours les mêmes.

u jugement par défaut faute de conclure doit être faite dans la signification de ce jugement à avoué (art. 157 C. pr.). huitaine n'a pas pour point de départ une signification domicile, elle n'est pas franche. On y comprend donc le *dies* délai ne s'augmente pas à raison des distances, mais on en *a quo* et, si le dernier jour est férié, l'expiration du délai est demain, conformément à la loi du 13 avril 1895, dont le texte rticle 1033 du Code de procédure. Ces deux dernières règles *a quo* et aux jours fériés sont, on s'en souvient, communes s, francs ou non.

é le délai d'opposition à huitaine en cas de défaut faute de la raison que le défaillant connaît l'affaire, puisqu'il a

ué du défendeur condamné par défaut a cessé ses fonctions ent et avant sa signification, celle-ci est nécessairement non plus à avoué, ce qui peut permettre de dire que, dans ce ent franc. Mais il faut avoir soin de faire mention, dans la rtie, de la cessation des fonctions de son avoué ; autrement ue ne courrait pas (arg. art. 148 C. pr.).

défaillant cesse ses fonctions dans la huitaine donnée pour après avoir reçu signification et avant que la partie ait fait mpossible d'admettre que le délai continue à courir contre celui-ci était en droit de compter sur son avoué pour faire

t pourtant pas être portée en audience solennelle, bien que la loi e pour les affaires de cette nature (décret du 30 mars 1808, art. 22). férer l'opposition à la chambre qui a statué et ensuite seulement, l'arrêt par cette chambre, saisir l'audience solennelle, à moins que t ne déclare renoncer à l'arrêt par défaut. Civ. cass., 29 août 1871,

faire connaître ses prétentions, il y a de sa part défaut faute de conclure (1).

Les jugements par défaut sont soumis aux mêmes règles de forme et de fond et produisent les mêmes effets que les jugements contradictoires : autorité de chose jugée, hypothèque judiciaire en matière personnelle, etc. Ils en diffèrent toutefois sous deux rapports : ils sont susceptibles d'une voie de recours spéciale, appelée opposition et établie au profit du défaillant qui a été condamné ; leur exécution comporte un certain nombre de particularités.

### § 71. — De l'opposition (art. 157 à 166 C. pr., moins 164.)

L'opposition est une voie de recours ordinaire accordée au défaillant et par l'effet de laquelle l'affaire revient devant la juridiction qui a déjà statué. Le législateur a pensé qu'il ne convenait pas de condamner définitivement une partie qui n'a pas été entendue. Ce motif s'applique surtout au défendeur qui n'a pas comparu ; la loi craint toujours qu'il n'ait pas été touché par l'assignation. Mais il est plus difficile de justifier l'opposition s'il y a eu défaut faute de conclure ; dans ce cas elle devient, le plus souvent, un moyen dilatoire fort coûteux. Si le défendeur se laisse condamner par défaut faute de conclure, sous prétexte qu'il n'a pas eu le temps de préparer sa défense, il est facile de lui répondre qu'il aurait pu simplement demander une remise. Aussi, la loi du 18 avril 1886 sur la procédure du divorce, dont le texte a passé dans l'article 257 du Code civil, n'a maintenu en cette matière que le défaut faute de comparaître ; elle n'a pas parlé du défaut faute de conclure, précisément parce qu'elle voulait le supprimer, tandis qu'elle a eu le soin d'organiser le défaut faute de comparaître sur des bases nouvelles et d'après des principes qui passeront, avec un caractère général, dans le Code de procédure lorsque celui-ci sera réformé (2).

L'opposition est, comme l'appel, une voie de recours ordinaire ; aussi est-elle suspensive de l'exécution de la décision attaquée.

Mais elle diffère de l'appel sous beaucoup d'autres rapports, notamment au point de vue de la forme, des délais et même de certains effets.

Tandis que l'appel est une voie de réformation qui porte l'affaire au second degré de juridiction, l'opposition est une voie de rétractation qui la fait revenir devant la juridiction qui a statué. Il n'est pas d'ailleurs nécessaire que l'affaire soit portée la seconde fois devant la même chambre que la première (3).

(1) Voy. l'article de M. Alglave dans la *Revue pratique*, t. XXXIV, p. 101. Toutefois lorsque le ministère public fait défaut faute de comparaître, on ne peut pas présumer qu'il n'a pas reçu l'ajournement, car il a dû en viser l'original (art. 1039 C. pr.).

(2) La jurisprudence admet encore, en matière de divorce et de séparation de corps, le défaut faute de conclure, mais nous hésitons d'autant moins à dire qu'elle se trompe, que nous avons proposé à la commission extraparlementaire chargée de préparer la procédure du divorce (c'était précisément celle qui s'occupait de la réforme du Code de procédure) de supprimer le défaut faute de conclure et de considérer l'affaire comme étant contradictoire dès que les deux parties ont comparu. Cette proposition a été acceptée par la commission et est passée dans la loi.

(3) Req., 27 avril 1874, D. P. 76, 1, 393. S'il s'agissait d'un arrêt par défaut d'une chambre civile de la cour d'appel qui aurait par erreur statué sur une question d'état,

Tous les jugements par défaut sont en principe susceptibles d'opposition de la part du défaillant, quelle que soit la juridiction qui les a rendus ; peu importe qu'ils soient ou non susceptibles d'appel. Seulement, nous verrons bientôt que s'ils ont été rendus en premier ressort, la voie de l'appel n'est ouverte qu'à partir du jour où la voie de l'opposition est fermée. Il en était autrement d'après l'ordonnance de 1667, qui interdisait l'opposition toutes les fois que l'appel était permis. Elle se proposait de combattre l'abus qui consiste à laisser prendre défaut pour gagner du temps ; on faisait remarquer, en outre, que le défaillant n'était pas sacrifié, du moment qu'il avait à sa disposition la voie de l'appel. Mais on ne tarda pas à remarquer que le demandeur, de son côté, s'efforçait fort souvent d'obtenir, même par surprise, un jugement par défaut contre son adversaire pour l'obliger à recourir à la voie de l'appel, beaucoup plus lente et plus coûteuse que celle de l'opposition. Aussi, dans la pratique, on n'observa pas l'ordonnance et on permit l'opposition, même contre les jugements susceptibles d'appel.

Les formes et les délais de l'opposition diffèrent suivant que le jugement est par défaut faute de conclure ou par défaut faute de comparaître, mais les effets de cette voie de recours sont toujours les mêmes.

L'opposition au jugement par défaut faute de conclure doit être faite dans la huitaine de la signification de ce jugement à avoué (art. 157 C. pr.). Comme cette huitaine n'a pas pour point de départ une signification à personne ou domicile, elle n'est pas franche. On y comprend donc le *dies ad quem* et le délai ne s'augmente pas à raison des distances, mais on en exclut le *dies a quo* et, si le dernier jour est férié, l'expiration du délai est prorogée au lendemain, conformément à la loi du 13 avril 1895, dont le texte a passé dans l'article 1033 du Code de procédure. Ces deux dernières règles relatives au *dies a quo* et aux jours fériés sont, on s'en souvient, communes à tous les délais, francs ou non.

La loi a limité le délai d'opposition à huitaine en cas de défaut faute de conclure, par la raison que le défaillant connaît l'affaire, puisqu'il a constitué avoué.

Lorsque l'avoué du défendeur condamné par défaut a cessé ses fonctions depuis le jugement et avant sa signification, celle-ci est nécessairement faite à partie et non plus à avoué, ce qui peut permettre de dire que, dans ce cas, le délai devient franc. Mais il faut avoir soin de faire mention, dans la signification à partie, de la cessation des fonctions de son avoué ; autrement le délai de huitaine ne courrait pas (arg. art. 148 C. pr.).

Si l'avoué du défaillant cesse ses fonctions dans la huitaine donnée pour faire opposition, après avoir reçu signification et avant que la partie ait fait opposition, il est impossible d'admettre que le délai continue à courir contre le défaillant, car celui-ci était en droit de compter sur son avoué pour faire

l'opposition ne devrait pourtant pas être portée en audience solennelle, bien que la loi prescrive cette audience pour les affaires de cette nature (décret du 30 mars 1808, art. 22). Il faudrait d'abord déférer l'opposition à la chambre qui a statué et ensuite seulement, après rétractation de l'arrêt par cette chambre, saisir l'audience solennelle, à moins que spontanément le gagnant ne déclare renoncer à l'arrêt par défaut. Civ. cass., 29 août 1871, S. 71, 1,47.

opposition et, si le délai continuait à courir, il risquerait d'éprouver un préjudice injuste par la déchéance de son droit d'opposition. Le délai est donc suspendu et le demandeur doit faire une nouvelle signification du jugement, celle-ci à la partie elle-même, en l'avertissant en même temps que son avoué a cessé ses fonctions. A partir de cette seconde signification, le défaillant a-t-il, pour faire opposition, la fin du premier délai de huitaine qui aurait été suspendu par la cessation des fonctions de son avoué ou faut-il lui accorder un nouveau délai tout entier? Dans le doute, cette seconde solution paraît préférable, à raison même de la brièveté du délai d'opposition.

Si c'est l'avoué du demandeur qui a quitté ses fonctions et si cette cessation a eu lieu avant la signification du jugement, le délai ne peut évidemment courir qu'à partir de la signification faite à la requête d'un nouvel avoué, lequel déclare se constituer à la place de celui qui a cessé d'exercer.

Lorsque l'avoué du demandeur quitte ses fonctions, après avoir signifié le jugement et avant l'expiration du délai de huitaine, ce délai cesse encore de courir et le demandeur doit choisir un nouvel avoué qui signifie sa constitution à l'avoué du défendeur. Le délai de l'opposition ne saurait plus courir contre le défendeur, tant que l'avoué du demandeur n'a pas été remplacé, puisque le demandeur ne saurait plus à qui signifier son opposition. Il semble même qu'on doive encore ici accorder au défendeur un nouveau délai de huitaine tout entier, à raison de la brièveté de ce délai et quoiqu'aucun changement ne se soit produit du côté du défendeur. Cependant la question est plus délicate que dans le cas précédent.

Quand la partie défaillante décède avant l'expiration du délai d'opposition, l'équité semble exiger qu'on accorde à ses héritiers le droit de former opposition pendant huitaine à dater de la signification qui leur sera faite, l'avoué n'ayant pas le droit d'arrêter le cours des procédures en notifiant le décès de la partie par la raison bien simple que la procédure est terminée.

L'opposition au jugement par défaut contre avoué se fait sous forme de requête signifiée d'avoué à avoué par huissier audiencier (art. 160 et 161 C. pr.); elle serait nulle si elle était faite dans une forme différente et, par exemple, par exploit à personne ou domicile, à moins que l'avoué du défendeur ne soit mort ou ait cessé de postuler.

La requête doit, à peine de nullité, contenir les moyens d'opposition, afin que la cause, revenant devant le tribunal, se trouve toute préparée et que le tribunal ne soit pas obligé d'accorder des délais au demandeur. Mais si des défenses ont été déjà signifiées par le défendeur, alors il suffit de s'y référer.

Lorsque le jugement est par défaut faute de comparaître, le défendeur peut faire opposition tant que le demandeur n'exécute pas le jugement, mais il est utile d'ajouter dès maintenant que cette exécution du jugement doit avoir lieu dans les six mois de son obtention. Sous ces deux rapports, le Code a innové sur l'ordonnance de 1667. Autrefois, le délai d'opposition était le même, en cas de défaut faute de comparaître, qu'en cas de défaut faute de conclure : on donnait huit jours au défaillant à partir de la signification du jugement. Les rédacteurs du Code, songeant toujours au cas où le défendeur n'aurait pas été touché par l'ajournement et n'aurait pas connu l'affaire, ont estimé que ce délai de huit jours était

beaucoup trop court. Ils ont même craint que la signification du jugement lui-même restât inconnue du défaillant ; aussi, cette signification ne suffit pas pour lui retirer la voie de l'opposition ; il ne la perd qu'autant qu'il connaît l'exécution du jugement et la subit sans protestation. Mais quel est le moment précis où se produit ce résultat ? La loi l'indique elle-même dans quatre cas pour lesquels elle établit, contre le défendeur, une présomption de connaissance de l'exécution du jugement qui n'admet pas la preuve contraire, de sorte que le défaillant est définitivement privé de la voie de l'opposition.

C'est ce qui se produit :

1° Si le défendeur a laissé saisir et vendre ses meubles (art. 159 C. pr.). Le procès-verbal de saisie ne retire pas l'opposition ; il faut qu'on soit arrivé à la vente, mais il suffit qu'elle soit commencée et il n'est pas nécessaire qu'elle soit terminée. Les formalités de la saisie mobilière étant peu nombreuses, le législateur a pensé que le procès-verbal de saisie ne forme pas une preuve suffisante de la connaissance de l'exécution du jugement de la part du perdant.

2° Si le débiteur se laisse emprisonner ou recommander (art. 159 C. pr.). Il s'agit ici de l'emprisonnement pour dette, qui sera aujourd'hui très rare, depuis la suppression à peu près complète de la contrainte par corps. La recommandation suppose un débiteur déjà emprisonné pour une première dette et tenu d'une seconde dette également garantie par la contrainte par corps ; pour l'empêcher de sortir de prison et exercer à son tour la contrainte par corps, le second créancier le recommande au moyen d'une certaine procédure que nous retrouverons aux voies d'exécution.

3° Lorsque la saisie d'un ou de plusieurs des immeubles a été notifiée au débiteur (art. 159 C. pr.). Dans ce troisième cas, la dénonciation de la saisie suffit pour retirer l'opposition (1), la vente n'est plus nécessaire comme en matière mobilière. C'est qu'en effet la notification de la saisie d'un immeuble est précédée de plusieurs actes faits à des intervalles assez longs pour que le défaillant soit certainement prévenu, tandis que la saisie et la vente des meubles peuvent s'opérer rapidement (2).

4° Lorsque les frais ont été payés, le défaillant est encore présumé avoir renoncé à l'opposition. Il faut supposer un paiement fait par le défaillant lui-même ou par son mandataire spécial. Ce paiement vaut acquiescement tacite au jugement et à plus forte raison l'acquiescement formel emporterait renon-

(1) Mais la saisie à elle seule ne suffirait pas. Trib. d'Ussel, 11 août 1898, D. P. 99, 2, 497 et ma note.

(2) Suivant l'article 2215 du Code civil, la poursuite de saisie immobilière ne peut s'exercer en vertu de jugements rendus par défaut durant le délai de l'opposition ; d'après l'article 159 du Code de procédure, au contraire, la poursuite de saisie immobilière peut être commencée avant l'expiration de ce délai, puisque l'opposition est recevable jusqu'à la notification de la saisie au débiteur. Pour résoudre cette difficulté, il suffit de remarquer que l'article 2215 du Code civil a été écrit sous l'empire de l'ordonnance de 1667, qui n'admettait l'opposition contre les jugements par défaut faute de comparaître que dans la huitaine de la signification à personne ou à domicile. Les auteurs du Code de procédure ayant prorogé les délais de l'opposition jusqu'à l'exécution en cas de défaut faute de comparaître, l'article 2215 du Code civil ne peut plus recevoir d'application, à moins qu'il ne s'agisse d'un jugement par défaut contre avoué.

ciation à l'opposition. Si l'avoué de la partie qui a obtenu le jugement avait porté sur son registre de recettes le montant des frais comme payé par la partie condamnée, cette mention ne suffirait pourtant pas pour prouver la réalité du paiement, car les registres que les avoués sont obligés de tenir ne font preuve que contre eux et non contre les parties, ni surtout contre la partie adverse.

En dehors de ces quatre cas, et même dans ces quatre cas avant l'une des époques qu'on vient de déterminer, le défaillant sera privé de la voie de l'opposition, dès qu'il existera un fait établissant qu'il a eu connaissance de l'exécution du jugement (1). Seulement, le défaillant sera toujours admis à faire la preuve contraire. C'est ce qui se produira notamment si le défaillant a demandé à être constitué gardien des meubles saisis; si, étant assigné en validité de la saisie-arrêt pratiquée par le créancier qui a obtenu le jugement, il y a répondu par une constitution d'avoué; s'il a lui-même assigné en référé pour protester contre la mesure d'exécution; si, étant soumis à la contrainte par corps, il s'est évadé sur la route.

A plus forte raison, l'opposition est-elle refusée si l'exécution est complètement terminée. Mais la signification du jugement ne suffit pas pour retirer le droit de former l'opposition, quoiqu'elle porte le jugement à la connaissance du défaillant. Il faut que celui-ci ait connu l'exécution. Lorsque l'huissier ne trouve rien à saisir, il dresse un procès-verbal de carence, mais peut-on admettre que ce procès-verbal soit un acte d'exécution ou qu'il en soit l'équivalent ?

Il est généralement admis, en pratique, que si ce procès-verbal de carence a été dressé en présence de la partie défaillante ou signé d'elle, il est assimilé à un acte d'exécution connu de la partie (2).

Si, au contraire, le procès-verbal de carence a été dressé hors la présence de la partie, et si la copie qui lui est destinée a été remise en son absence, soit au parquet, soit au maire, soit à une personne quelconque, le concierge de la maison par exemple, ce procès-verbal peut empêcher la péremption du jugement, mais il ne saurait être assimilé à un acte d'exécution remplissant le vœu de la loi qui veut que cet acte ait été connu du défaillant (3).

Ces questions de connaissance de l'exécution se présentent dans nombre d'espèces et sont d'autant plus fréquentes que les procès-verbaux d'exécution des huissiers, que ce soit un procès-verbal de carence ou un procès-verbal de saisie, sont souvent dressés légèrement et que les débiteurs saisis, usant de tous les moyens pour paralyser les poursuites exercées contre eux, trouvent dans ces actes matière à discussion et à chicane, bien que les tribunaux, qui ont sur ces questions un pouvoir souverain d'appréciation (4), s'efforcent de combattre cette manière d'agir.

Pour prévenir ces débats, en matière de divorce et en matière d'accidents

(1) Alger, 28 décembre 1896, D. P. 98, 2, 81; Bordeaux, 30 juillet 1895, D. P. 98, 2, 253; req., 8 novembre 1899, D. P. 99, 1, 565.

(2) Chambéry, 7 mai 1888, D. P. 91, 2, 28; Alger, 28 décembre 1896, D. P. 98, 2, 81; Grenoble, 4 février 1898, D. P. 98, 2, 477.

(3) Req., 23 octobre 1888, D. P. 89, 1, 88.

(4) Paris, 28 mars 1896, D. P. 96, 2, 517.

du travail, l'article 247 nouveau du Code civil et la loi des 9 et 10 avril 1897, art. 17, ont donné comme point de départ au délai d'opposition du jugement par défaut contre partie la signification de ce jugement faite à la personne, et fixé à un mois en cas de divorce, et à quinze jours en cas d'accident, à partir de cette signification, le délai pour former opposition. Mais si la signification n'a pas été faite à la personne, on applique le droit commun en matière d'accident, de même que, dans cette matière, on admet encore le jugement par défaut faute de conclure, qui ne devrait plus exister pour le divorce, comme nous l'avons établi plus haut.

La loi du 24 juillet 1889 (art. 6) sur la déchéance paternelle distingue suivant que la décision a été signifiée à la personne ou à domicile : dans le premier cas, le délai d'opposition est de huit jours; dans le second, il est d'un an.

La forme de l'opposition au jugement par défaut contre partie est déterminée par l'article 162 du Code de procédure. Le défaillant peut attendre pour faire opposition que le gagnant exécute contre lui. A ce moment, il déclarera à l'huissier qu'il attaque le jugement, et l'huissier sera tenu d'arrêter l'exécution; c'est une conséquence de l'effet suspensif de l'opposition dont il sera bientôt parlé. Mais la loi a pensé que si une simple déclaration verbale doit être permise pour arrêter l'exécution, elle ne forme cependant pas à elle seule une opposition complète, et, pour éviter toute espèce de doute, elle exige que cette déclaration verbale soit réitérée, dans la huitaine, par requête d'avoué à avoué. Cette huitaine n'est pas franche, par la raison bien simple qu'elle n'a pas pour point de départ une signification à personne ou domicile. Si la réitération n'avait pas lieu dans la huitaine, ou si elle était faite sous forme d'exploit d'huissier et non par requête d'avoué à avoué, elle serait certainement nulle pour vice de forme et le gagnant pourrait, sans en tenir compte, continuer son exécution. Mais s'il ne le fait pas, rien ne s'oppose à ce que le défaillant renouvelle son opposition tant que le délai n'est pas expiré, c'est-à-dire tant que le demandeur n'a pas fait un acte d'exécution porté à la connaissance du défaillant (1).

Au lieu d'attendre qu'il soit attaqué, le défaillant peut prendre les devants et faire opposition, comme le dit l'article 162, par acte extrajudiciaire, c'est-à-dire par ajournement avec constitution d'avoué et, dans ce cas, la réitération n'est plus nécessaire (2).

A ces deux formes de l'opposition indiquées par l'article 162, la jurisprudence en ajoute une troisième, à savoir une requête d'avoué à avoué contenant constitution d'avoué.

On ne voit pas, en effet, pour quel motif il serait nécesssaire de recourir à un ajournement. Cette forme d'une requête paraît bien avoir, en outre, un

(1) Lorsque sur une tentative de saisie-exécution faite en vertu d'un jugement par défaut, la partie condamnée a déclaré s'opposer, se réservant de réitérer son opposition dans les formes et délais légaux, le poursuivant n'est pas admissible à se prévaloir du défaut de réitération, si avant l'expiration du délai dans lequel elle devait être faite, il a lui-même donné assignation au débiteur pour être statué sur le mérite de cette opposition, car cette assignation rend inutile la réitération de l'opposition. Amiens, 20 mars 1869, D. P. 69, 2, 93.

(2) Bastia, 19 mai 1857, S. 57, 2, 37; Limoges, 13 février 1869, D. P. 74, 5, 303.

caractère général par elle-même. N'est-ce pas celle que la loi prescrit pour le cas de défaut contre avoué et pour la réitération de l'opposition verbale faite sur les actes d'exécution (1)?

Si l'opposition était nulle pour vice de forme dans le second ou dans le troisième cas, on devrait, comme dans le premier, permettre d'en faire une seconde, jusqu'à l'exécution.

Lorsqu'avant que l'opposition se produise, l'avoué du gagnant vient à décéder ou à cesser ses fonctions, le gagnant doit faire notifier une nouvelle constitution d'avoué au défaillant (art. 162 C. pr.).

L'avoué de l'opposant est tenu de mentionner sommairement l'opposition sur un registre du greffe (art. 163 C. pr.). Nous nous rendrons compte de l'utilité de cette mention, à propos de l'exécution des jugements par défaut par les tiers.

L'opposition a, comme l'appel, pour effet de suspendre l'exécution du jugement (art. 159, 161, 162 C. pr.), à la seule condition d'être valable en la forme. Si les actes d'exécution étaient continués, ils seraient nuls, même dans le cas où plus tard interviendrait un jugement de débouté. C'est seulement en cas de vice de forme que le gagnant peut ne pas tenir compte de l'opposition et continuer l'exécution. Mais il le fait, bien entendu, à ses risques et périls et il sera toujours plus prudent de s'arrêter, car on peut être mauvais juge dans sa propre cause.

L'opposition n'empêche pas les actes conservatoires; le gagnant pourrait, par exemple, inscrire l'hypothèque judiciaire résultant à son profit du jugement.

Le second effet de l'opposition est de faire revenir l'affaire devant le tribunal qui en a déjà connu, aussi dit-on qu'elle est une voie de rétractation. Si la validité de l'opposition est contestée en la forme, le tribunal peut statuer sur cette question et sur le fond, par un seul et même jugement. La jurisprudence estime même que chacune des parties reprend au procès le rôle qui lui appartenait primitivement, et elle en conclut que l'opposition anéantit le premier jugement (2).

Ce serait là un troisième effet de l'opposition et qui établirait une différence essentielle avec l'appel. Celui qui interjette appel prétend que le tribunal du premier degré a mal jugé et il demande à la juridiction du second degré la réformation de la décision rendue contre lui; l'appelant devient ainsi un demandeur, même s'il a joué le rôle de défendeur en première instance et il doit prouver le mal jugé. L'opposant, au contraire, n'invoque pas le mal jugé et se plaint plutôt d'avoir été jugé sans avoir été entendu; il demande à faire connaître sa prétention, mais il reste défendeur; il ne prend pas le rôle de demandeur, et, pour que les choses puissent se passer ainsi, il faut bien que le premier jugement ait été anéanti.

Cette solution nous paraît tout à fait inexacte; elle est aussi contraire au texte qu'à l'esprit de la loi, et aboutit à des résultats tout à fait injustes. Nulle part la loi ne parle de l'anéantissement du jugement. Elle répète au contraire,

(1) Req., 11 juin 1879, D. P. 80, 1, 21.

(2) Civ. rej., 6 mars 1889, D. P. 90, 1, 70. *Contra* ma note sous cet arrêt; civ. rej., 3 février 1892, D. P. 92, 1, 115; Paris, 9 août 1893, D. P. 94, 2, 301.

à maintes reprises, que l'opposition, comme l'appel, suspend seulement l'exécution du jugement, ce qui est bien différent (art. 155, 159, 161, 162 C. pr.).

Sans doute, chacun reprend son rôle originaire, quant au fond, mais il ne résulte nullement de là que le jugement doive être anéanti (1). Si le gagnant soutient que l'opposition est nulle en la forme, le défendeur défaillant devient bien, sur son opposition, demandeur sous ce rapport, et est obligé de prouver la régularité de son opposition. La loi autorise, dans certains cas, l'exécution provisoire nonobstant opposition. Comment concilier cette solution avec l'opinion qui anéantit le jugement? On ne saurait exécuter, même provisoirement, une décision qui n'a jamais existé. La doctrine seule exacte est donc bien celle qui, de droit commun et en dehors du cas d'exécution provisoire, n'attribue à l'opposition qu'un effet suspensif, sans anéantir le jugement.

Si on admet, avec la jurisprudence, que le jugement tombe de plein droit par l'opposition, on est conduit aux conséquences suivantes qui, pour la plupart, sont tout à fait injustes. Ce premier jugement ne peut plus être considéré que comme un des actes de la procédure qui n'a, lui, qu'une existence éphémère, et le jugement rendu sur l'opposition est le seul titre à exécuter ; aussi n'y a-t-il pas lieu de statuer sur les irrégularités dont peut être entaché le premier jugement ; l'inscription hypothécaire prise en vertu de ce jugement tombe de plein droit, par le seul fait de l'opposition et lors même que, plus tard, l'opposition serait écartée, sauf au gagnant à prendre une nouvelle inscription, mais qui pourra occuper un rang bien inférieur à celui de la première ; tous les actes d'exécution faits en vertu du premier jugement tombent nécessairement et doivent être recommencés en vertu du jugement de débouté ; l'opposition faite à un jugement par défaut de validité d'une saisie-arrêt empêche ce jugement de transférer la créance saisie-arrêtée dans le patrimoine du saisissant et permet à d'autres créanciers du saisi de pratiquer de nouvelles saisies-arrêts aux dépens du premier saisissant, alors même que, plus tard, celui-ci obtiendra définitivement gain de cause par le jugement de débouté. On voit tout le tort que peut produire l'opposition à celui qui a obtenu le jugement, quoiqu'il triomphe la seconde comme la première fois. L'anéantissement du premier jugement ne lui procure que des avantages insignifiants, et tout au plus peut-on relever à son profit que s'il a oublié de demander la première fois l'exécution provisoire, il va recouvrer le droit de la réclamer, quoiqu'elle ne puisse jamais être accordée par un second jugement et parce que ce second jugement, par suite de l'anéantissement du premier, devient lui-même le premier.

Les conséquences sont tout à fait différentes dans le système qui laisse debout le premier jugement et en suspend seulement l'exécution. Tous les effets produits par ce jugement sont maintenus debout, sous la condition qu'il y ait plus tard débouté d'opposition ; l'inscription hypothécaire prise en vertu du premier jugement ne sera pas rayée ; l'exécution commencée sera continuée, mais les précédentes poursuites déjà faites seront maintenues ; le jugement de validité de la saisie-arrêt aura transféré la créance du patrimoine

(1) Pau, 27 juillet 1898, S. 98, 2, 272, D. P. 99, 2, 499.

du saisi dans celui du saisissant et les saisies postérieures au premier jugement, faites par d'autres créanciers du saisi, seront nulles, parce qu'elles auront été pratiquées dans le vide, à une époque où la créance était déjà sortie du patrimoine de leur débiteur. Il est vrai aussi que, si le gagnant a omis de demander l'exécution provisoire dans le premier jugement, il ne peut plus l'obtenir ensuite, parce que la loi le défend expressément (art. 136 C. pr.). Mais rien ne s'oppose, sous les autres rapports, à ce qu'il prenne des conclusions nouvelles, pourvu qu'elles ne soient pas contraires au premier jugement, par lequel il continue à être lié, à la différence de l'opposant (1).

Dans notre ancienne jurisprudence, il était de règle que toute partie qui se pourvoyait par opposition devait rembourser à la partie adverse les frais du défaut. Le Code de procédure n'ayant pas reproduit cette règle, on doit la considérer comme abrogée. Cependant, lorsque les juges ont la conviction que le défaillant aurait pu se présenter la première fois, ou que son avoué était en état de se défendre dès le début, ils peuvent, sur les conclusions de l'adversaire, laisser les frais du défaut et même tout ou partie des autres frais à la charge du défaillant, à titre de dommages-intérêts.

Le principe suivant lequel tout jugement par défaut est susceptible d'opposition comporte un certain nombre d'exceptions.

1° Il peut se faire que le second jugement, comme le premier, soit rendu par défaut soit contre l'opposant lui-même, qui fait défaut une seconde fois, soit contre celui qui avait gagné une première fois ; seulement le défaut est ici nécessairement faute de conclure.

Il résulte de l'article 165 du Code de procédure, que si le défaillant fait encore une fois défaut après son opposition, néanmoins le second jugement est censé rendu contradictoirement contre lui, et la voie de l'opposition lui est fermée à la condition toutefois que la première opposition ait été valable en la forme, et que le second jugement ait statué sur les mêmes points que le premier. Il faut, en effet, punir le défaillant de son mauvais vouloir, et il n'est pas non plus possible d'admettre indéfiniment opposition sur opposition. « Opposition sur opposition ne vaut », disait-on déjà dans notre ancien droit (2).

Si la première opposition avait été écartée comme nulle en la forme, le défaillant pourrait la renouveler : la première ne comptant plus, la seconde devient la première et est valable. Il faut toutefois que cette seconde opposition se produise dans les délais de la loi, à un moment où elle n'est pas encore fermée, par exemple alors que le gagnant n'a pas poursuivi l'exécution du jugement par défaut faute de comparaître.

Si le second jugement porte en partie sur des points qui n'ont pas été touchés par le premier, le défaillant peut, dans cette mesure, renouveler son opposition : c'est bien la première fois qu'il fait opposition contre ces points

(1) Voy. ma note sous Amiens, 20 novembre 1884, D. P. 86, 2, 63. Dans le sens de l'anéantissement : *Jur. gén.*, v° *Jugement par défaut*, n°s 350 et suiv. ; *Code de procédure civile annoté* sous l'article 157, n°s 105 et suiv.

(2) Cette règle s'applique même au cas de défaut congé du demandeur, Orléans, 18 décembre 1871, D. P. 72, 5, 282.

nouveaux du jugement (1). Il peut se faire que le tribunal ait rendu par défaut un jugement interlocutoire. Le défaillant fait opposition à ce jugement, et le tribunal saisi de cette opposition statue, par un seul et même jugement également par défaut, à la fois sur cette opposition et sur le fond du procès. On a soutenu que ce dernier jugement n'est, pour aucune de ces parties, susceptible d'opposition de la part de celui qui a fait deux fois défaut. Dans notre hypothèse, le second jugement statuant sur le fond auquel n'avait pas touché le premier jugement, on ne peut pas dire qu'il y ait deux fois opposition quant au jugement du fond.

Par la même raison, nous décidons que si le défendeur à l'opposition, c'est-à-dire celui qui avait obtenu le premier jugement par défaut, se laisse à son tour condamner par le second jugement, il peut faire opposition à ce second jugement, car il fait, en réalité, opposition pour la première fois et on ne peut pas lui objecter l'adage : « Opposition sur opposition ne vaut. » Cette maxime s'applique seulement au cas où c'est la même partie qui, ayant formé une opposition au premier jugement, laisse une seconde fois prendre défaut contre elle, et veut s'opposer encore (2). C'est ce que dit, pour les justices de paix, l'article 22 du Code de procédure, mieux rédigé que notre article 165 du même Code. Le troisième jugement qui sera rendu ne sera certainement pas susceptible d'opposition de la part de l'une ou de l'autre des parties, car, quel que soit l'opposant, il ferait opposition pour la seconde fois. Au contraire, si une partie avait été mise en cause après l'opposition, elle pourrait plus tard à son tour faire opposition, car le second jugement serait pour elle le premier. Il semble aussi que la défense de former une nouvelle opposition n'existe qu'autant que les deux défauts sont immédiats et successifs; si un jugement contradictoire était intervenu entre eux, on n'appliquerait plus la règle : « Opposition sur opposition ne vaut. »

2° Nous venons de relever l'existence d'un jugement par défaut, qui n'est pas susceptible d'opposition. Nous savons aussi déjà que le jugement par défaut faute de comparaître, rendu après un jugement par défaut profit joint, ne comporte pas non plus la voie de l'opposition (3) de la part de celui qui n'a pas comparu (art. 153 C. pr.).

3° On sait également que le jugement par défaut, rendu contre le demandeur, n'est pas susceptible d'opposition de sa part, si ce jugement ne contient que congé de l'instance sans statuer sur le fond (art. 154 C. pr.).

Il y a encore nombre de jugements par défaut qui ne sont pas susceptibles d'opposition, mais comme il s'agit là d'une dérogation au droit commun, il faut, pour que le défaillant soit privé de cette voie de recours, qu'un texte formel la lui retire. Nous citerons, à titre d'exemples de jugements par défaut qui ne sont pas susceptibles d'opposition : certains jugements en matière de saisie immobilière, de surenchère sur aliénation volontaire, de

(1) Civ. cass., 5 mai 1857, D. P. 57, 1, 247.

(2) Orléans, 18 décembre 1871, D. P. 72, 5, 284.

(3) Il en serait autrement si le jugement par défaut profit joint n'avait pas été signifié au défaillant; celui-ci serait en droit de dire qu'il n'existe pas et ne peut pas produire d'effet à son égard. Paris, 10 septembre 1897, D. P. 98, 2, 433.

partage et de licitation, de folle enchère; d'ordre, etc., sur lesquels il n'est pas nécessaire d'insister, car nous les retrouverons à propos des voies d'exécution (art. 731, 739, 762, 764, 883, 973 C. pr.); les ordonnances de référé (art. 809 C. pr.) (1); les jugements des arbitres (art. 1016 C. pr.); certains jugements en matière de faillite (art. 583 C. com.), en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique (loi du 3 mai 1841, art. 20); les jugements qui rejettent les oppositions à mariage (loi du 20 juin 1896). Nous avons déjà dit qu'en matière de divorce et de séparation de corps la loi ne reconnaît plus que le jugement par défaut faute de comparaître, et que, par cela même, elle refuse l'opposition contre les jugements qui, en toute autre matière, seraient faute de conclure. On sait également que, dans l'instruction par écrit, et en cas de délibéré sur rapport, si l'une des parties ne fournit pas ses pièces, le tribunal ne juge que sur celles de l'autre. Cette circonstance n'empêche pas le jugement d'être contradictoire, du moment que les deux parties ont conclu auparavant. On dit alors que le jugement sur le fond est un jugement de forclusion, mais il n'en est pas moins un jugement contradictoire.

## § 72. — Particularités de l'exécution des jugements par défaut (art. 155, 156, 164 C. pr.).

Pour pouvoir exécuter un jugement par défaut, il faut l'avoir au préalable signifié, et on applique ici les principes du droit commun consacrés par les articles 147 et 148 du Code de procédure. Si, par exemple, il s'agit d'un jugement définitif ou d'un jugement provisoire rendu par défaut faute de conclure, celui qui l'a obtenu devra faire une double signification, la première à avoué, la seconde à partie et il devra même mentionner la première dans la seconde. Il va sans dire que si le jugement était par défaut faute de comparaître, il ne pourrait plus être question de la signification à avoué, et que la signification à partie serait seule possible.

Une fois le jugement par défaut signifié, la loi ne permet pas d'exécuter immédiatement : elle oblige le gagnant à attendre encore huit jours. Ces huit jours courent du jour de la signification à avoué, si le jugement est par défaut faute de conclure, à partie s'il est par défaut faute de comparaître. On voit sans peine que cette huitaine n'est pas franche. Il n'est pas non plus sans intérêt de relever que c'est pendant la même huitaine que l'opposition doit être faite par le défaillant, s'il s'agit d'un jugement par défaut faute de conclure, tandis qu'il aura jusqu'à l'exécution si le jugement est par défaut faute de comparaître. Une fois la huitaine de la signification expirée, le gagnant peut donc exécuter et il est même certain de ne plus être arrêté par une opposition, si le jugement est par défaut faute de conclure, puisque le délai de cette opposition est expiré; si le jugement est par défaut faute de comparaître, le gagnant peut être arrêté dans l'exécution qu'il a commencée après l'expiration de la huitaine, s'il se produit une opposition.

(1) Mais non pas les arrêts rendus par défaut sur appel du référé, pour lesquels la loi garde le silence et admet par cela même l'opposition.

Ici encore, il est essentiel de ne pas confondre les actes conservatoires avec les actes d'exécution; les premiers peuvent être faits dès que le jugement a été rendu et même avant sa signification: tels sont le commandement qui doit précéder la plupart des saisies, une apposition de scellés, l'inscription de l'hypothèque judiciaire résultant du jugement.

De même qu'il y a une exécution provisoire nonobstant appel (art. 135 C. pr.), de même la loi a établi une exécution provisoire nonobstant opposition (art. 155 C. pr.). Il vaut mieux dire plus exactement qu'il y a deux exécutions provisoires des jugements par défaut, indépendantes l'une de l'autre, que le tribunal peut réunir ou séparer.

En premier lieu, le tribunal peut accorder au gagnant le droit d'exécuter, même pendant la huitaine de la signification du jugement sous deux conditions : qu'on se trouve dans l'un des cas de l'article 135; qu'il y ait urgence. Le tribunal a pleine liberté pour accorder ou refuser cette première exécution provisoire, mais la loi ne lui donne pas le pouvoir de l'ordonner à charge de fournir caution.

En second lieu, l'exécution provisoire peut être ordonnée nonobstant opposition, « s'il y a péril en la demeure ». La loi ne se contente plus de l'urgence, comme dans le premier cas, mais elle n'exige pas qu'on se trouve dans une des hypothèses de l'article 135. Le tribunal est toujours libre d'accorder ou de refuser cette seconde exécution provisoire et il l'ordonne avec ou sans caution à son choix. Seulement, s'il veut imposer caution au gagnant, il faut qu'il le dise dans son jugement.

Du moment que les conditions de la loi sont réunies, le tribunal peut accorder les deux exécutions provisoires ou seulement l'une des deux. Rien ne s'oppose à ce qu'il décide que le gagnant pourra exécuter pendant la huitaine de la signification du jugement, mais à la condition de s'arrêter s'il se produit, à un moment quelconque, une opposition valable. En sens inverse, il peut aussi déclarer que l'exécution, après avoir été suspendue, suivant le droit commun, pendant la huitaine de la signification du jugement, pourra commencer ensuite et nonobstant opposition.

Dans tous les cas, le tribunal doit rendre un seul jugement sur le fond et sur l'exécution provisoire. Celle-ci ne pourrait pas lui être demandée après le jugement sur le fond, pas plus que l'exécution provisoire nonobstant appel.

Mais, si l'affaire revient devant le tribunal sur l'opposition du défaillant, le gagnant recouvre-t-il le droit de demander l'exécution provisoire? Dans le silence de la loi, on admet assez volontiers l'affirmative par analogie de ce qui est dit en matière d'appel, où le gagnant de première instance est autorisé à réparer l'omission qu'il a commise en première instance en ne demandant pas l'exécution provisoire à laquelle il avait droit (1).

Il arrive parfois que l'exécution d'un jugement par défaut se poursuit, non plus contre le défaillant, mais contre un tiers, par exemple contre la caisse des dépôts et consignations qui doit payer à la place du débiteur,

(1) Paris, 24 avril 1849, D. P. 49, 2, 160.

contre le conservateur des hypothèques auquel on demande de rayer une hypothèque indûment inscrite. La loi prescrit à l'avoué du poursuivant de remettre trois pièces entre les mains de ce tiers : une expédition du jugement pour qu'il puisse savoir en quoi consiste l'exécution qu'on lui demande; un certificat du greffier du tribunal qui a rendu le jugement constatant que sur le registre tenu au greffe à cet effet il n'existe aucune mention d'opposition (1); un certificat que dresse lui-même l'avoué du poursuivant pour faire connaître au tiers la date de la signification du jugement. Ces deux dernières pièces apprennent à ce tiers s'il existe une opposition, laquelle aurait pour effet d'empêcher l'exécution et aussi si le délai d'opposition est expiré (art. 163, 164, 548, 549, 550 C. pr.).

S'il s'agit d'un jugement par défaut faute de conclure, le tiers, suivant le droit commun, ne pourra exécuter qu'après l'expiration de la huitaine de la signification du jugement à avoué, et à ce moment il sera certain que le jugement ne sera plus susceptible d'opposition, puisque l'opposition n'était admise que pendant la même huitaine, qui est maintenant expirée. Mais, en cas de jugement par défaut contre partie, on pourra se heurter parfois à des difficultés inextricables tenant à ce que le législateur, en réglant l'exécution d'un jugement par défaut par un tiers, a oublié qu'au lieu de limiter, comme dans le cas précédent de défaut contre avoué, l'opposition à huit jours, il l'a permise jusqu'à l'exécution du jugement. Il en résulte qu'on se trouve enfermé dans le dilemme suivant : d'une part, le tiers ne doit pas exécuter tant que l'opposition est ouverte, et d'autre part l'opposition est ouverte tant qu'il n'a pas exécuté. On peut sortir d'embarras, si le jugement contient aussi une ou plusieurs condamnations qui doivent être exécutées par le défaillant, ne serait-ce que la condamnation aux dépens. Le poursuivant attaquera d'abord le défaillant, lui demandera, par exemple, le paiement des dépens. Si celui-ci exécute, s'il paie les dépens sans protestation, il renonce, par cela même, à l'opposition, et cette voie de recours étant fermée, rien ne s'oppose plus à ce que le tiers exécute à son tour. Mais comment faire dans le cas contraire, c'est-à-dire s'il n'existe aucune condamnation, pas même du chef des dépens qui ont été compensés, à la charge personnelle du défaillant? Le tiers n'est-il pas en droit de se refuser à l'exécution, puisque l'opposition est encore ouverte, et quoiqu'on lui objecte qu'elle sera possible tant qu'il n'aura pas exécuté? On a soutenu, il est vrai, que le tiers peut être contraint d'exécuter dès qu'il n'y a pas opposition et quoiqu'on se trouve encore dans les délais de cette voie de recours. N'est-ce pas là le droit commun en cas de jugement par défaut contre partie, toutes les fois qu'on poursuit l'exécution contre le défaillant? Pour quel motif en serait-il autrement lorsque l'exécution est dirigée contre un tiers? Il faut répondre, en effet, que nous sommes ici en présence d'une exception résultant de l'article 548 : en cas d'exécution par un tiers, ce n'est plus seulement l'opposition qui empêche cette exécution; le délai d'opposition produit le même effet, comme cela résulte du texte et de l'esprit de notre article, et par déro-

(1) On a vu en effet que l'avoué du défaillant doit, sans délai, déclarer au greffe l'opposition qu'il fait au jugement.

gation au droit commun. L'article 2157 du Code civil vient confirmer notre solution : il ne permet au conservateur de rayer une inscription hypothécaire qu'en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée ; or le jugement ne passe pas en force de chose jugée, tant qu'il est susceptible d'opposition. Sans doute, cet article est spécial au cas d'une radiation hypothécaire, mais il ne nous en fait pas moins connaître l'esprit de la loi et nous pourrons généraliser la solution de cet article, car il n'y a aucune raison pour qu'elle soit spéciale au cas de radiation d'hypothèque.

D'après la rigueur des principes, le tiers chargé d'exécuter un jugement par défaut ne peut donc pas, sans se compromettre et courir la chance de payer des dommages-intérêts au défaillant, consentir à l'exécution du jugement tant qu'il ne lui a pas été prouvé, non seulement qu'il n'y a pas, mais encore qu'il n'y aura pas opposition (1).

Mais comment prouver au tiers, en cas de jugement par défaut contre partie, qu'il n'y aura pas opposition, puisque cette voie de rétractation est ouverte tant qu'il n'aura pas exécuté, du moins dans le cas où aucune exécution n'est possible contre le défaillant? On ne peut sortir de cette impasse que par des expédients. Le plus simple serait d'obtenir du tribunal un jugement autorisant le tiers à exécution au bout d'un certain temps, bien que l'opposition soit encore possible. On devra toutefois exiger que le jugement ait été signifié au défaillant ; c'est le droit commun (2).

Une autre difficulté se présente maintenant, qui tient à ce qu'on ne peut pas exécuter contre le défaillant : comment arrivera-t-on à le priver de l'opposition, puisqu'il a cette voie de recours à sa disposition tant qu'on n'a pas exécuté contre lui? Il faudra lui signifier un acte portant que tel jour on exécutera vis-à-vis du tiers et qu'il doit, en conséquence, faire opposition avant cette date.

Pour terminer ce qui concerne l'exécution des jugements par défaut, il nous reste à faire connaître deux règles, dont l'application se limite au jugement par défaut faute de comparaître (art. 156 C. pr.).

En premier lieu, tout jugement par défaut faute de comparaître doit être signifié par huissier commis, c'est-à-dire par huissier que désigne le tribunal. La loi n'a pas confiance dans l'huissier que choisirait le gagnant. Comme le défendeur n'a pas comparu, elle craint qu'il n'ait pas été touché par l'ajournement et qu'il ne le soit pas davantage par la signification du jugement si elle est faite par un huissier que choisirait le gagnant. Il y aurait nullité si cette

(1) En ce sens, civ. cass., 9 juin 1858, D. P. 58, 1, 244 ; Paris, 11 juin 1861, D. P. 61, 2, 169.

(2) Lorsqu'un jugement contradictoire et susceptible d'appel doit être exécuté par un tiers, le délai d'appel est par lui-même suspensif de l'exécution, tandis que, de droit commun l'appel interjeté produit seul cet effet. Cela résulte bien de nos articles 548 et suiv. aux termes desquels il faut remettre au tiers, comme en cas de jugement par défaut : une expédition du jugement à exécuter, un certificat du greffier du tribunal de première instance constatant qu'aucun appel n'a été interjeté ni consigné sur un registre, enfin une attestation de l'avoué poursuivant, relatant le jour de la signification du jugement pour que le tiers puisse savoir si le délai d'appel est expiré. Ce dernier renseignement lui serait tout à fait inutile si le délai de l'appel n'était pas par lui-même suspensif de l'exécution. Quant à la déclaration d'appel qui doit être enregistrée au greffe, elle est faite par l'avoué de première instance de l'appelant et non pas par son avoué d'appel.

signification du jugement avait lieu par un huissier non commis et précisément à cause de l'incompétence de cet huissier (1). Si le tribunal avait oublié de choisir un huissier, le gagnant devrait demander un second jugement portant commission d'huissier, et il supporterait les frais de ce jugement, parce qu'il est en faute de n'avoir pas prévenu le tribunal à temps. Mais si l'huissier commis venait à décéder avant d'avoir fait de signification, on obtiendrait son remplacement par ordonnance sur requête.

En second lieu, tout jugement par défaut contre partie doit être exécuté dans les six mois de son obtention. Ce délai n'est évidemment pas franc, puisqu'il n'a pas pour point de départ une signification à personne ou domicile. Le gagnant n'a même pas six mois pour exécuter, car il doit, avant de procéder à l'exécution, attendre huit jours à partir de la signification du jugement. Si la loi n'avait rien dit, on aurait appliqué le droit commun et décidé que le jugement par défaut faute de comparaître se prescrit par trente ans. C'était la solution qu'on donnait dans notre ancien droit. Mais elle avait l'inconvénient de causer des surprises. On a cependant critiqué l'innovation de l'article 156 et prétendu qu'il n'y aurait aucun inconvénient de permettre au gagnant d'exécuter pendant trente ans : le perdant n'a-t-il pas, jusqu'à l'exécution, quelque tardive qu'elle soit, la voie de l'opposition? Cela est vrai, mais insuffisant. Il aurait pu arriver, en effet, si notre disposition n'existait pas, que le défendeur qui ignorait l'affaire aurait détruit ses preuves au moment où l'on exécuterait contre lui au bout de plusieurs années. Ce danger est à peu près évité si le jugement doit être exécuté dans les six mois.

Il s'agit ici d'une véritable prescription et non pas d'une péremption, comme on le dit souvent à tort. Elle opère en effet de plein droit, et, au bout de six mois, le jugement est éteint, sans qu'il soit nécessaire de le demander, tandis que s'il s'agissait d'une péremption, elle devrait être réclamée. Il ne s'agit pas davantage d'une déchéance d'ordre public, qui devrait être proposée même d'office par le tribunal, tandis que celui-ci n'a pas le droit de soulever d'office le moyen tiré de la prescription. Nous sommes tout simplement en présence d'une prescription ordinaire, la loi s'est bornée à ramener de trente ans à six mois le délai de cette prescription. Le défaillant peut donc renoncer à la faire valoir, soit expressément, soit tacitement, et par exemple en exécutant volontairement le jugement. De même, ses créanciers peuvent l'invoquer en ses lieu et place. En retour, l'exécution dirigée par le gagnant contre un des débiteurs solidaires qui ont tous fait défaut faute de comparaître interrompt la prescription contre tous ; c'est l'application pure et simple de l'article 1206 du Code civil. S'il en était autrement, on obligerait le créancier à multiplier les actes d'exécution et à faire des frais énormes. Ainsi, le jugement ayant été rendu par défaut contre quinze endosseurs d'une lettre de change, il faudrait donc les exécuter tous, faire marcher les huissiers dans les six mois sous peine de perdre son droit à l'égard de ceux qui auraient été épargnés.

Quant à la question de savoir si l'exécution faite par un des débiteurs

(1) Civ. rej., 8 février 1888, D. P. 88, 1, 158.

solidaires retire le bénéfice de la prescription aux autres, elle dépend de la solution qu'on adopte sur les effets de la solidarité.

Pour interrompre cette prescription, il suffit que le gagnant exécute d'une manière quelconque; il n'est pas nécessaire que l'exécution soit conforme aux dispositions de l'article 159; notamment, il n'est pas nécessaire que l'exécution soit complète ni qu'elle soit connue de l'adversaire, et elle peut avoir lieu aussi bien au domicile élu qu'au domicile réel (1). Si le créancier ne trouve aucun bien à saisir, on peut admettre que le procès-verbal de carence dressé par l'huissier vaudra exécution, par la raison qu'il n'est pas possible d'agir autrement (2).

On décide généralement que les étrangers qui n'ont pas de biens en France ne peuvent pas opposer l'article 156, parce que le demandeur n'a pas le moyen de procéder contre eux à l'exécution dans les six mois; on en conclut qu'il faut appliquer le principe que la prescription ne court pas contre celui qui ne peut agir (3). D'autres pensent, au contraire, que toutes les fois qu'une personne n'a ni domicile, ni résidence en France, la signification au parquet vaut exécution.

Cette prescription de six mois est étrangère aux jugements contradictoires, et il faut assimiler à ces jugements ceux qui, tout en étant rendus par défaut, ne sont pas susceptibles d'opposition; ils sont, en effet, fictivement contradictoires; tel est le jugement par défaut contre partie, rendu à la suite d'un profit joint contre celui des défendeurs qui n'a pas comparu ni sur l'assignation, ni sur la réassignation.

# CHAPITRE III

## RÈGLES PROPRES AUX JUGEMENTS DES TRIBUNAUX D'EXCEPTION, TRIBUNAUX DE COMMERCE, JUSTICES DE PAIX (ART. 432 à 442, 28 à 32 C. pr.).

### § 73. — Jugements commerciaux (art. 433 à 442 C. pr.).

Les jugements des juridictions d'exception (tribunaux de commerce, justices de paix, conseils de prud'hommes) sont soumis, en principe, aux règles générales précédemment exposées. Les dispositions de loi qui les concernent ont pour objet d'indiquer sous quels rapports ils sont régis par des règles spéciales. Il y a aussi des particularités implicitement consacrées par la loi, notamment celles qui tiennent à l'organisation de ces tribunaux.

(1) Trib. de Saint-Malo, 30 janvier 1897, D. P. 1900, 1, 321; Bordeaux, 20 décembre 1898, D. P. 1900, 2, 31.

(2) Civ. cass., 5 mars 1889, D. P. 89, 1, 411; Dijon, 20 novembre 1895, D. P. 96, 2, 104.

(3) Voy. la note dans D. P. 68, 2, 124; trib. de Saint-Malo, 27 juin 1885, *Journal de droit international privé*, 1886, p. 196. Jugé également que la signification du procès-verbal de carence vaut exécution, pourvu que le procès-verbal et sa signification soient valables en la forme et qu'il n'y ait pas d'autres moyens d'exécution, Bordeaux, 20 décembre 1898, D. P. 1900, 2, 31.

C'est ainsi qu'en matière commerciale, comme d'ailleurs dans les autres juridictions d'exception, il ne peut pas être question du ministère des avoués. Il en résulte, notamment, que les qualités ne sauraient être dressées par eux, elles sont l'œuvre du greffier; mais il n'est pas permis d'en conclure qu'elles ne peuvent pas nuire aux parties, ni que leur omission ne serait pas une cause de nullité du jugement. Les qualités forment une partie essentielle du jugement et sont, par cela même, nécessaires à peine de nullité, bien que la loi ne l'ait pas dit. Par la même raison, elles peuvent nuire à l'une ou à l'autre partie, sauf son recours contre le greffier, si celui-ci a commis une faute (1).

Le jugement commercial ne contient pas la mention du ministère public, à moins qu'il n'émane d'un tribunal civil statuant à défaut du tribunal de commerce et si l'on admet que la présence du ministère public est nécessaire même à l'audience commerciale du tribunal civil.

L'ordonnance du 10 mars 1825, art. 1, consacre une importante particularité pour le cas où une des parties a été défendue devant le tribunal de commerce par un tiers : il doit être fait mention expresse dans la minute du jugement, soit de l'autorisation que ce tiers a reçue de la partie présente à l'audience, soit du pouvoir spécial et écrit dont il a été muni.

Les jugements des tribunaux de commerce peuvent être contradictoires ou par défaut. Pour le cas de défaut du demandeur, l'article 434 du Code de procédure pose une règle en termes qui ne sont pas plus clairs que ceux de l'article 154 du Code de procédure, en matière civile. Aussi retrouvons-nous les mêmes controverses au sujet de la nature du défaut congé en matière commerciale. A notre avis, le législateur a entendu consacrer le même système qu'en matière civile, lorsqu'il a déclaré que le défendeur serait renvoyé de la demande, et, à vrai dire, il en résulte que cette disposition de l'article 434 est tout à fait inutile. Quoi qu'il en soit, sans revenir sur les controverses déjà exposées, nous déciderons donc, encore une fois, que le défaut du demandeur n'est pas autre chose qu'une offre de désistement de l'instance; le défendeur peut l'accepter et alors il obtient son congé sans qu'il soit statué sur le fond, mais il a le droit de repousser cette offre et d'exiger que l'affaire soit jugée au fond, à charge d'en prévenir auparavant son adversaire.

Le défaut du défendeur a donné lieu à plusieurs controverses. On se demande si, dans le cas où parmi les défendeurs les uns comparaissent, les autres ne comparaissent pas, il y a lieu de rendre un jugement par défaut profit joint? On a enseigné que, dans le silence de la loi, il faut écarter l'application de l'article 153 relatif au défaut profit joint. Mais c'est là, à notre avis, une erreur qui tient à l'oubli de l'esprit général de la loi en cette matière. Lorsque le code s'explique sur les jugements des tribunaux de commerce, c'est pour indiquer en quoi ils sont soumis à des dispositions spéciales; le code garde-t-il le silence, il faut en conclure qu'on doit appliquer le droit commun. Il aurait donc fallu une disposition particulière dans la loi, pour écarter le jugement par défaut profit joint. En vain fait-on remarquer que l'article 643 du Code de commerce, qui énumère quelles sont.

(1) Voy., sur la rédaction des qualités au greffe, ord. du 9 octobre 1825, art. 1, § 1.

parmi les règles de la procédure, celles qu'on doit appliquer en cas de défaut aux matières commerciales, ne renvoie qu'aux articles 156, 158, 159 du Code de procédure, sans mentionner l'article 153 relatif au défaut profit joint. N'est-ce pas, dit-on, pour indiquer que cet article 153 ne doit pas recevoir application?

Nous ne le pensons pas. L'article 643 du Code de commerce a, comme nous le verrons bientôt, un tout autre objet : étendre aux jugements par défaut faute de comparaître des tribunaux de commerce les règles de l'opposition consacrées pour ces mêmes jugements des tribunaux civils.

La jurisprudence comprend tout autrement le silence du code : elle en conclut que, devant les tribunaux de commerce, le jugement par défaut profit joint est purement facultatif pour les juges qui sont libres de le rendre ou de l'écarter et, pour ce second cas, le jugement sur le fond sera contradictoire vis-à-vis des défendeurs qui auront comparu et par défaut vis-à-vis de ceux qui n'auront pas comparu (1). Ce système peut être réfuté d'un mot : il consacre l'arbitraire. Il vaut donc mieux décider que le défaut profit joint est commun aux matières civiles et aux matières commerciales. Le principal motif qui a fait établir ce jugement, le désir de rendre très rares les contrariétés de jugement dans une même affaire, n'existe-t-il pas dans l'un et l'autre cas?

La loi a établi pour la signification des jugements des tribunaux de commerce trois règles particulières. En premier lieu, tout jugement commercial par défaut doit être signifié par huissier commis (art. 435 C. pr.). On a jugé à tort que cette disposition concerne seulement les jugements par défaut contre partie (2). L'article 435 du Code de procédure est général et ne distingue pas; il est, en outre, commun aux deux sortes de défaut : le législateur a pensé (bien à tort d'ailleurs) que l'huissier commis donnerait des garanties spéciales aux parties qui ont besoin d'être protégées à cause de l'absence des avoués. La signification qui serait faite par l'huissier non commis serait entachée de nullité et même d'une nullité absolue, comme émanant d'un officier ministériel incompétent (3). Si le jugement ne contenait aucune commission d'huissier, le gagnant devrait en demander un second; il en supporterait les frais, car il est en faute de n'avoir pas attiré l'attention des juges sur ce point. Si l'huissier décède ou est empêché, le président du tribunal le remplace par ordonnance sur requête.

La seconde règle de l'article 435 du Code de procédure impose au demandeur l'obligation d'élire domicile dans le lieu où se fait la signification, s'il n'y a pas déjà son domicile. A défaut d'élection de domicile, la significa-

(1) Req., 27 décembre 1880, D. P. 81, 1, 421; req., 9 juillet 1883, D. P. 84, 1, 203. La Cour de Rouen a même jugé, le 13 juin 1881, D. P. 83, 2, 110, qu'en matière commerciale le jugement par défaut profit joint est facultatif, même pour la cour d'appel. Que devient alors l'article 648 du Code de commerce, aux termes duquel la cour d'appel doit, en matière commerciale, employer la procédure civile sommaire? Req., 9 juillet 1883, S. 85, 1, 116; Paris, 13 janvier 1883, D. P. 83, 2, 98 et ma note.

(2) Lyon, 28 décembre 1872, *Jur. Gén.*, *Supp.* v° *Jugement par défaut*, n° 80; civ. cass., 14 janvier 1884, D. P. 84, 1, 245; Paris, 31 janvier 1888, D. P. 89, 2, 200.

(3) Civ. cass., 8 février 1888, D. P. 88, 2, 58; Toulouse, 27 janvier 1896, D. P. 96, 2, 382.

tion serait nulle et ne produirait aucun effet. La loi a surtout voulu rendre au défaillant l'opposition plus facile et plus rapide. En matière commerciale, tout doit s'accomplir avec une célérité particulière.

C'est aussi sur ce motif que repose la troisième règle de l'article 435 du Code de procédure, d'après laquelle le jugement pourra être exécuté un jour après sa signification, tandis qu'en matière civile il faudrait attendre l'expiration de huitaine.

Toutefois, l'exécution commencée un jour après la signification serait arrêtée par l'opposition. En matière commerciale comme en matière civile, l'opposition est suspensive de l'exécution du jugement attaqué ; au contraire, l'appel interjeté, qui arrête l'exécution du jugement civil, ne produit pas cet effet en matière commerciale. Cette différence entre l'opposition et l'appel tient à ce qu'il est statué très rapidement sur l'opposition, tandis que l'appel est soumis, quant aux délais et quant aux formes, aux lenteurs de la procédure civile devant la cour d'appel. Il n'y a donc aucun inconvénient à déclarer l'opposition suspensive de l'exécution ; mais on pourrait nuire au gagnant si l'on attribuait le même effet à l'appel.

La loi n'a pas parlé de l'exécution provisoire nonobstant opposition, et nous interpréterons son silence en ce sens qu'il faut appliquer le même système qu'en matière civile.

Elle s'est, au contraire, expliquée sur le délai donné au défaillant pour attaquer le jugement commercial par la voie de l'opposition. Aux termes de l'article 436 du Code de procédure, ce délai est toujours de huitaine, sans distinction entre le jugement par défaut faute de comparaître et le jugement par défaut faute de conclure, tandis que, dans le premier cas, en matière civile, l'opposition serait permise jusqu'à l'exécution du jugement. Dès les premiers temps de la mise en vigueur du Code de procédure, on a relevé cette différence et on s'en est plaint. Pour quel motif, a-t-on dit, en cas de défaut faute de comparaître, réduit-on le délai de l'opposition à huitaine, alors qu'en matière civile il s'étendrait jusqu'à l'exécution ? Ces critiques ayant été reconnues fondées, on profita de la rédaction du Code de commerce pour en tenir compte et l'article 643 de ce Code, dans une formule assez obscure et compliquée, a déclaré que le système organisé en matière civile pour l'opposition au jugement faute de comparaître s'étendrait aux matières commerciales. Mais cet article n'a rien dit du délai de huitaine accordé par l'article 436 du Code de procédure pour faire opposition au jugement par défaut. On en a conclu que l'article 643 du Code de commerce, étant à la fois postérieur et contraire à l'article 436 du Code de procédure, l'avait abrogé. Dans cette opinion, il n'y aurait donc jamais eu, en matière commerciale, qu'un seul délai d'opposition : le délai de huitaine de l'article 436 du Code de procédure depuis la mise en vigueur de ce code jusqu'à celle du Code de commerce, le délai variable qui s'étend jusqu'à l'exécution du jugement depuis l'article 643 du Code de commerce. Certains auteurs ajoutent même que cette solution s'impose ; ils en donnent pour raison qu'il ne peut exister en matière commerciale qu'un seul défaut, le défaut faute de comparaître ; ils excluent le défaut faute de conclure et quelques-uns en donnent même pour raison qu'il ne peut pas exister à cause de l'absence du ministère des avoués.

Cette solution est aujourd'hui très généralement abandonnée dans la doctrine et définitivement condamnée par la jurisprudence. On décide sans difficulté qu'il existe en matière commerciale, comme en matière civile, deux sortes de jugements par défaut (1) et que le délai d'opposition est de huitaine si le défaut est faute de conclure (2), tandis qu'il court jusqu'à l'exécution si le jugement est par défaut faute de comparaître. La première solution est consacrée par l'article 436 du Code de procédure et la seconde par l'article 643 du Code de commerce. Ces deux articles, loin de s'exclure, se complètent l'un par l'autre. L'article 643 du Code de commerce a eu pour objet, non pas d'abroger l'article 436 du Code de procédure, mais d'étendre aux matières commerciales le système de la procédure civile pour le cas de défaut faute de comparaître, de sorte que dans cette mesure, mais dans cette mesure seulement, il a restreint l'application de l'article 436 du Code de procédure, qui n'a plus désormais concerné que le défaut faute de conclure. La distinction entre ces deux défauts résulte de la nature des choses, comme on l'a vu plus haut, et il est tout naturel qu'on l'étende aussi en matière commerciale. Lorsqu'on dit que le défaut faute de conclure est impossible devant la juridiction consulaire, par la raison qu'elle exclut le ministère des avoués, on commet une erreur grossière. Il y a défaut faute de conclure dès qu'une partie, après avoir comparu et plaidé sur un incident en matière commerciale, refuse ensuite de plaider au fond. Il est déraisonnable de dire qu'en pareil cas elle n'a pas comparu, puisque le contraire est la vérité et qu'il a pu être rendu parfois contre elle un jugement contradictoire sur un incident. Il y a donc, en matière commerciale, deux sortes de jugement par défaut qui seront soumis à leurs règles propres.

Pour le cas de défaut faute de conclure, on se trouve en présence d'une particularité remarquable. S'il s'agissait d'un jugement civil, la huitaine d'opposition et celle pendant laquelle on ne peut pas exécuter prendraient fin en même temps, de sorte que l'opposition ne serait plus possible après l'exécution. Il en est autrement en matière commerciale où l'exécution est permise un jour après la signification, alors que l'opposition est autorisée pendant huit jours à partir de la même époque. Et on ne peut dire ici qu'en laissant exécuter le jugement le défaillant est considéré comme renonçant à l'opposition, précisément parce que la loi lui accorde d'une manière particulière, et sans distinction, un délai de huitaine. Ce délai, ayant pour point de départ une signification à personne ou domicile, est nécessairement franc. Il en est autrement en matière civile où le délai court à partir d'une signification du jugement à avoué.

L'opposition à tout jugement commercial par défaut peut être principale ou incidente : principale, elle est faite sous forme d'ajournement, doit contenir les moyens et être signifiée au domicile élu par la partie qui a signifié le jugement (art. 437 C. pr.); incidente, elle peut être faite par simple déclaration verbale que reçoit l'huissier sur les actes d'exécution, mais elle doit être réitérée dans les trois jours par exploit d'ajournement, sous peine d'être

(1) Civ. cass., 14 janvier 1884, D. P. 84, 1, 249; req., 27 avril 1895, D. P. 95, 1, 400.
(2) Civ. cass., 14 juin 1880, D. P. 80, 1, 160; civ. cass., 11 décembre 1889, D. P. 90, 1, 265.

considérée comme nulle. Toutefois, lorsque l'opposition est nulle pour n'avoir pas été réitérée dans les trois jours, elle peut être renouvelée par une opposition principale, tant qu'on se trouve dans les délais d'opposition et, par exemple, en cas de défaut faute de conclure, si l'on est encore dans la huitaine de la loi. Mais alors ne peut-on pas admettre aussi, dans les mêmes circonstances, que l'exploit fait plus de trois jours après la protestation verbale vaut, comme opposition principale, tant qu'on se trouve dans le délai pendant lequel l'opposition est permise ?

L'opposition valable en la forme suspend l'exécution comme en matière civile, à moins qu'on ne se trouve dans l'un des cas où la loi commune permet l'exécution provisoire. Le silence du code sur ce point prouve qu'il n'existe aucune particularité en matière commerciale (art. 437 et 438 C. pr.).

On a déjà vu pour quel motif l'appel, à la différence de l'opposition, n'est pas suspensif en matière commerciale. Tout jugement d'un tribunal de commerce, qu'il porte sur le principal ou sur un incident, est susceptible d'exécution provisoire. Mais il s'élève encore aujourd'hui sur ce point une très vive controverse : on se demande s'il s'agit d'exécution provisoire légale ou d'exécution provisoire judiciaire. En d'autres termes, le bénéfice de l'exécution provisoire est-il attaché directement, par la loi elle-même, aux jugements commerciaux, de sorte qu'il ne serait pas nécessaire au gagnant de la demander, ni au tribunal de l'accorder, sauf à statuer sur la caution à fournir ? Ou bien, au contraire, faut-il toujours demander l'exécution provisoire au tribunal qui aurait le droit de l'accorder ou de la refuser ? La difficulté provient de la rédaction assez obscure de l'article 439 du Code de procédure. On ne voit pas bien clairement, par la seule lecture de cet article, quelle est celle des deux questions suivantes qu'il a entendu trancher : a-t-il voulu dire que l'exécution provisoire devrait toujours être demandée et accordée ? Ou a-t-il voulu trancher seulement la question de savoir si, l'exécution provisoire étant légale, il y a lieu de fournir ou non caution ?

Les uns pensent que l'article 439 du Code de procédure tranche la première question : cet article décide que l'exécution provisoire est toujours judiciaire et que toujours aussi le tribunal a le droit de l'accorder ou de la refuser, sans caution dans certains cas, avec caution dans d'autres. Cette interprétation a le grave défaut de traiter moins favorablement les matières commerciales que les matières civiles lorsqu'il y a titre authentique, promesse reconnue ou jugement passé en force de chose jugée. En matière civile, dans ces trois circonstances, le tribunal serait obligé d'accorder l'exécution provisoire. Pour quel motif, en matière commerciale, aurait-il un pouvoir discrétionnaire ? La loi a, au contraire, voulu favoriser les affaires commerciales et c'est ce qu'on obtient en décidant que les jugements consulaires sont déclarés, par la loi elle-même, de plein droit, exécutoires par provision.

L'article 439 répond à la seconde question, celle de savoir si cette exécution provisoire légale peut toujours avoir lieu sans caution. La loi des 16-24 août 1790, titre XII, art. 4, tranchait déjà cette question. Elle décidait que les jugements des tribunaux de commerce seraient toujours, de plein droit, exécutoires par provision ; que ces tribunaux n'auraient ni à

accorder, ni à refuser cette exécution provisoire, mais qu'ils devraient toujours imposer une caution au gagnant. Les rédacteurs du code ont entendu déroger, sur ce dernier point, à la loi des 16-24 août 1790 et conserver le système de cette loi en tant qu'il consacre l'exécution provisoire de plein droit. Voilà le véritable sens de l'article 439 et il en résulte que le tribunal peut dispenser le gagnant de l'obligation de fournir caution, lorsqu'il y a titre non attaqué ou condamnation précédente passée en force de chose jugée; dans ces cas seulement, la dispense de caution résulte suffisamment du silence du jugement sur ce point (1). Dans les autres cas, le gagnant doit nécessairement donner caution ou justifier de solvabilité suffisante. L'exécution provisoire sans caution serait entachée de nullité. Mais le gagnant n'est pas tenu de fournir cette caution tant qu'il n'y a pas appel, car auparavant l'exécution est ordinaire et c'est l'appel interjeté qui seul lui donne un caractère provisoire. Si le tribunal a oublié d'imposer la caution, c'est alors au juge d'appel qu'il appartiendra de prononcer la nullité de l'exécution provisoire résultant du jugement de première instance et d'en ordonner une nouvelle, mais avec caution.

En cas de difficulté entre les parties au sujet de cette caution, l'incident se règle devant le tribunal de commerce, conformément aux dispositions des articles 440 et 441 du Code de procédure. La caution étant judiciaire, on appliquera les dispositions des articles 2040 et suivants du Code civil.

La loi ayant permis au gagnant l'exécution provisoire a pensé que, pour maintenir l'égalité entre les plaideurs, il fallait aussi accorder au perdant le droit d'interjeter appel immédiatement (art. 645 C. com.), et si le jugement est par défaut, avant même que le délai d'opposition soit expiré, peu importe que ce jugement soit par défaut faute de comparaître ou par défaut faute de conclure (2). Sans doute cet appel n'arrêtera pas l'exécution, mais il pourra rendre le gagnant plus prudent. La loi attache une telle importance à cette exécution immédiate du jugement commercial qu'elle défend à la Cour, en cas d'appel, d'accorder un sursis, en la menaçant même de dommages-intérêts que le gagnant aurait le droit de demander contre elle par la voie de la prise à partie (art. 647 C. com.).

Lorsqu'un jugement d'un tribunal de commerce soulève une difficulté d'exécution, par exemple à l'occasion de la saisie qui a été pratiquée, ce tribunal ne peut pas, en principe, connaître de cette affaire : les difficultés d'exécution sont purement civiles et tout tribunal de commerce est incompétent d'une manière absolue pour en connaître. Il faut les déférer au tribunal d'arrondissement dans le ressort duquel l'exécution se poursuit (art. 442 et 553 C. pr.) et non pas au tribunal civil établi auprès du tribunal de commerce qui a rendu le jugement; ce second tribunal civil serait incompétent d'une manière relative.

On se rappelle que le jugement par défaut faute de comparaître ne peut plus être exécuté lorsqu'il est atteint par la prescription de six mois. Cette question rentre-t-elle ou non dans les difficultés de l'exécution et, par cela

(1) *Contra* Douai 14 février 1852, D. P. 52, 2, 232.
(2) Civ. cass., 21 mai 1879, D. P. 80, 1, 57.

même, échappe-t-elle ou non à la compétence des tribunaux de commerce ? Il y a des solutions dans les deux sens (1).

Ces tribunaux peuvent certainement connaître des difficultés relatives à l'interprétation de leurs jugements. Il y a aussi des cas exceptionnels dans lesquels la loi leur donne le pouvoir et leur impose même le devoir de s'occuper de l'exécution de leurs jugements. Nous venons de voir que les difficultés relatives à la caution que doit fournir le gagnant pour exécuter, nonobstant appel, sont portées devant eux (art. 440 et 441 C. pr.). De même, il va sans dire que les juges consulaires connaissent de l'exécution de leurs jugements préparatoires ou interlocutoires qui ont ordonné des mesures d'instruction en procédant précisément à ces mesures (2), à moins qu'il ne s'agisse d'une de celles qui leur sont interdites et sont nécessairement réservées aux tribunaux d'arrondissement, comme la vérification d'écritures et le faux incident civil.

Il arrive parfois aussi qu'un tiers soit appelé à exécuter un jugement d'un tribunal de commerce. Faut-il observer en pareil cas, comme en matière civile, les dispositions des articles 163, 164, 548 et suivants du Code de procédure? La négative a été longtemps considérée comme ne faisant aucun doute. On en donnait pour raison que les articles 163, 164, 548 et suivants du Code de procédure ne sont pas mentionnés au titre consacré à la procédure commerciale. Mais en raisonnant ainsi, on oubliait encore une fois quel est l'objet du titre relatif à la procédure commerciale. Il expose les particularités de cette procédure et garde le silence sur tous les points pour lesquels il accepte le droit commun. Le silence de ce titre des affaires commerciales implique donc, au contraire, qu'en cas d'exécution contre un tiers il faut procéder comme en matière civile, lui remettre notamment une expédition du jugement, un certificat du greffier constatant qu'il n'y a sur son registre ni opposition ni appel. Il est vrai qu'ici le ministère des avoués fait défaut ; tout ce qui en résulte, c'est que la partie perdante devra faire par elle-même ou par un mandataire quelconque la déclaration au greffe et que la partie gagnante devra, de la même manière, rédiger le certificat destiné à faire connaître au tiers le jour où le jugement a été signifié. C'est aussi dans ce dernier sens que s'est prononcée la Cour de cassation par un arrêt mémorable. Auparavant et pendant cinquante ans, on avait écarté l'application des articles 548 et suivants aux matières commerciales et les greffiers des tribunaux de commerce n'avaient pas tenu le registre dont parlent les articles 163 et 549. En 1859, la Cour de cassation jugea, pour la première fois d'une manière définitive, que les formalités relatives à l'exécution des jugements par les tiers sont communes aux affaires commerciales et aux affaires civiles et que les greffiers des tribunaux de commerce doivent tenir un registre destiné à recevoir, de la partie elle-même ou de son mandataire, la déclaration d'opposition ou d'appel ; la Cour de cassation se fondait sur ce que les articles 548 et suivants se trouvent dans le titre consacré aux règles générales de l'exécution et qu'il n'y est pas dérogé dans le titre réservé à la

(1) Dans le sens de la négative, req., 12 février 1890, D. P. 91, 1, 55.
(2) Req., 6 juillet 1863, D. P. 64, 1, 27.

procédure commerciale. Mais la controverse qui précéda l'arrêt solennel de la cour suprême fut vive et longue. Ce fut d'abord la chambre civile qui, par un arrêt du 9 juin 1856, cassa un arrêt de la Cour de Paris du 22 juillet 1854 et consacra la jurisprudence nouvelle. Mais cet arrêt de la chambre civile ne fut rendu qu'après partage et contre les conclusions du ministère public. L'affaire ayant été renvoyée à la Cour de Rouen, celle-ci rendit, le 24 février 1857, un arrêt dans le même sens que celui de Paris. On revint alors pour la seconde fois devant la Cour de cassation et, par un arrêt solennel rendu le 13 janvier 1859 (1) contre les conclusions du procureur général, la Cour suprême a définitivement maintenu et sanctionné la doctrine nouvelle de sa chambre civile. Depuis cette époque, cette jurisprudence a fait loi.

## § 74. — Jugements des juges de paix (art. 28 à 32 C. pr.).

Nous répéterons, pour les jugements des juges de paix, ce que nous avons déjà dit des jugements des tribunaux de commerce : il faut leur appliquer les règles du droit commun, à moins qu'il n'y soit dérogé par des dispositions spéciales des articles 18 à 23 du Code de procédure. Ainsi nous admettrons, pour le cas où parmi les défendeurs les uns comparaissent et les autres ne comparaissent pas, le défaut profit joint (2); nous donnerons les mêmes pouvoirs au juge de paix qu'au tribunal d'arrondissement, pour le délai de grâce; en cas de demande en dommages-intérêts, il pourra ordonner qu'ils seront donnés par état; nous appliquerons aux dépens la théorie générale, sauf qu'il ne peut pas être question des distractions des dépens, puisque le ministère des avoués n'existe pas.

Par la même raison, la rédaction des qualités sera faite par le greffier. La minute de tout jugement est portée sur la feuille d'audience par le greffier; elle est signée par le juge qui a tenu l'audience, et par le greffier (art. 18 C. pr.).

On peut bien admettre, par extension de ce que dit le décret du 30 mars 1808 pour les jugements des tribunaux d'arrondissement, que le juge de paix, ou le suppléant qui a tenu l'audience, doit signer la minute dans les vingt-quatre heures, ainsi que le greffier (décret du 30 mars 1808, art. 36). Dans tous les cas, il est certain que le greffier ne peut pas délivrer expédition tant que le juge de paix n'a pas signé ; autrement, il commettrait un faux, car il atteste dans son expédition que la minute est signée. Mais que faire dans le cas où le juge de paix n'a pas signé et vient à décéder? On ne peut plus appliquer le décret du 30 mars 1808, dont les dispositions supposent un tribunal composé de plusieurs juges (décret du 30 mars 1808, art. 37 et 38). Les solutions les plus diverses ont été proposées. Les uns veulent que la minute soit signée par un des suppléants que désignerait le tribunal d'arrondissement; d'autres donnent ce pouvoir à un des juges du tribunal, désigné par la cour d'appel. Toutes ces solutions sont arbitraires, et il vaut mieux déclarer que le jugement est inexistant, faute de signature.

(1) D. P. 59, 1, 5; voy. les observations, au D. P. 56, 1, 233.
(2) *Contra* civ. cass., 22 avril 1890, D. P. 90, 1, 465.

Dans le silence de la loi, nous déciderons que la minute doit contenir les mentions prescrites pour les jugements des tribunaux d'arrondissement (art. 141 C. pr.). Est-il besoin d'ajouter qu'il ne peut pourtant pas être parlé des avoués des parties, ni du ministère public, puisqu'en matière civile devant le juge de paix il n'y a ni avoué, ni ministère public?

Il ne peut être question de signifier les jugements contradictoires ou par défaut, qu'à la partie elle-même. La loi supprime même toute signification des jugements préparatoires, interlocutoires ou provisoires, quand ils ont été rendus contradictoirement et prononcés en présence des parties. Celles-ci connaissent, en effet, certainement ces décisions, et, en supprimant la signification, on gagne du temps et on évite des frais. D'ailleurs, si le jugement ordonne une opération à laquelle la présence des parties est nécessaire, il doit indiquer le lieu, le jour et l'heure, et la prononciation du jugement vaut citation (art. 28 C. pr.). Si l'une des parties signifiait néanmoins le jugement, cette signification ne serait pas nulle, mais les frais en resteraient à la charge de celui qui l'aurait faite.

Quant à l'exécution provisoire nonobstant appel, la loi veut que le juge de paix soit obligé de l'ordonner dans tous les cas où il y a titre authentique, promesse reconnue ou jugement précédent dont il n'y a pas d'appel (loi du 25 mai 1838, art. 11) et sans que le gagnant soit tenu de fournir caution (art. 17 C. pr.). Dans tous les autres cas, le juge de paix peut toujours ordonner l'exécution provisoire, sans y être jamais obligé : sans caution, lorsqu'il s'agira de pension alimentaire, ou lorsque la somme n'excédera pas 300 francs; avec caution, au-dessus de cette somme. La caution est reçue par le juge de paix (loi du 25 mai 1838, art. 11). En cas d'extrême urgence et de péril en la demeure, le juge de paix peut même ordonner l'exécution sur minute, ce qui supprime la levée et la signification du jugement (loi du 25 mai 1838, art. 12).

La loi n'a pas parlé de l'exécution provisoire des jugements par défaut des juges de paix, nonobstant opposition. Certains auteurs en concluent qu'elle n'existe pas. C'est toujours le même vice de raisonnement. On oublie que dans le silence de la loi il faut retourner au droit commun.

Il y a, bien entendu, en justice de paix comme devant les autres juridictions, deux sortes de jugements par défaut : faute de comparaître, si le défendeur ne se présente pas; faute de conclure, si, après s'être présenté, il refuse de prendre part aux débats. Supposons que le défendeur ait posé des conclusions d'exception, qu'elles aient été rejetées par un jugement contradictoire et qu'ensuite il refuse de conclure sur le fond; le jugement qui terminera l'affaire sera manifestement par défaut faute de conclure. Mais ici se présente une difficulté. Si l'on se reporte aux articles relatifs aux jugements par défaut des juges de paix, on constate qu'ils ont toujours en vue le jugement par défaut faute de comparaître et qu'ils ne s'occupent pas du jugement par défaut faute de conclure. Comment interpréter ce silence?

On peut soutenir que le législateur s'est proposé de supprimer le défaut faute de conclure ou, en d'autres termes, de considérer l'affaire comme contradictoire, dès que le défendeur a comparu, qu'il ait ou non posé des

conclusions sur le fond (1). Une autre interprétation consisterait à dire que, malgré le silence de la loi, celle-ci a entendu maintenir les deux espèces de jugement par défaut, sauf à appliquer au défaut faute de conclure les mêmes règles qu'au défaut faute de comparaître, notamment en ce qui concerne la forme et les délais de l'opposition.

Le délai d'opposition est toujours de trois jours en justice de paix, ce qui est une grave dérogation au droit commun, lequel accorde huitaine ou jusqu'à l'exécution, selon que le jugement est par défaut faute de conclure ou par défaut faute de comparaître. Ce délai de trois jours a pour point de départ la signification du jugement, par huissier commis, à personne ou à domicile. Nous en conclurons qu'il est franc; on exclut le *dies a quo* et le *dies ad quem* et il s'augmente à raison des distances. Ce délai, même ainsi compris, n'en reste pas moins très court. Mais la loi a soin d'en adoucir la rigueur en donnant au juge de paix des pouvoirs qui n'appartiennent pas aux autres tribunaux. Si le juge de paix sait, d'une manière quelconque, par des amis du défendeur par exemple, qui sont présents à l'audience, que celui-ci n'a pas connu l'affaire, il pourra, tout en adjugeant le défaut au demandeur, fixer un délai spécial pour l'opposition. Ce n'est pas tout : le défaillant peut être relevé de la déchéance d'opposition résultant de l'expiration du délai de trois jours ou du délai spécial fixé précédemment par le juge de paix, si ce défaillant établit quelque cause d'excuse (art. 21 C. pr.).

La loi ajoute (art. 22 C. pr.) que si la même partie fait deux fois défaut, elle ne peut pas renouveler son opposition. Cette disposition est tout à fait inutile, puisqu'elle n'est qu'une application du droit commun : opposition sur opposition ne vaut.

La loi ne s'est pas expliquée sur la prescription du jugement par défaut faute de comparaître. Certains auteurs en concluent que ce jugement ne peut être atteint que par la prescription de trente ans et qu'il faut écarter la prescription de six mois établie en pareil cas pour les jugements des tribunaux d'arrondissement. Nous retrouvons ainsi, encore une fois, cette erreur de raisonnement si souvent renouvelée. Il faut dire, en sens inverse : dans le silence de la loi, on applique la règle générale, suivant laquelle les jugements par défaut faute de comparaître se prescrivent par six mois. En cette matière, la prescription de trente ans devient une exception, et on ne peut l'admettre qu'en vertu d'un texte; or ce texte n'existe pas.

## § 75. — Jugements des conseils de prud'hommes.

Voir à la fin de l'ouvrage.

(1) Civ. cass., 19 août 1884, D. P. 85, 1, 63.

# QUATRIÈME PARTIE

## DES INCIDENTS

### CHAPITRE PREMIER

**DES EXCEPTIONS** (ART. 166 à 193 C. pr.).

#### § 76. — Généralités et notions historiques.

Dans tout ce qui précède, nous avons toujours supposé un procès simple et qui suit son cours sans complication. Le fait est rare; le plus souvent, toute affaire soulève des incidents plus ou moins nombreux, et de nature très diverse. Ces incidents peuvent se ramener à plusieurs groupes.

Les premiers sont connus sous le nom d'exceptions; dans un second groupe, on place tous les incidents relatifs à la preuve du droit; le troisième groupe comprend les incidents dans le sens étroit de ce mot, c'est-à-dire ceux qui se rapportent au fond même de l'affaire; viennent ensuite les incidents qui ont leur cause dans le tribunal lui-même; enfin, un dernier groupe est formé par les incidents relatifs à l'interruption ou à l'extinction de l'instance.

Pour bien comprendre la théorie actuelle des exceptions, quelques notions historiques sont indispensables. Le mot exception se rencontre déjà dans la procédure romaine, mais avec un sens plus large que dans le Code de procédure. Sous la procédure formulaire, en effet, on appelait exception toute prétention par laquelle le défendeur, sans contredire directement celle du demandeur, soutenait qu'il ne devait, cependant, pas être condamné. Lorsque le défendeur niait directement la prétention du demandeur, il faisait valoir une défense qui n'était pas insérée dans la formule. Au contraire, toute exception devait être, en général, placée dans la formule à la suite de l'*intentio*. On ne supprimait cette formalité que pour certaines exceptions, le plus souvent l'exception de dol formée en réponse à une action de bonne foi. Tantôt l'exception, si elle était fondée, entraînait l'absolution du défendeur; c'était le cas le plus fréquent. D'autres fois, sans produire cet effet, elle permettait cependant au juge de diminuer la condamnation, c'est ce qui pouvait résulter de l'exception de dol. D'autres fois encore, l'exception avait pour but d'obliger le demandeur, non plus à renoncer à son droit, mais à le faire valoir autrement. Ces dernières exceptions s'appelaient dilatoires;

telle était l'exception de pacte par lequel le créancier avait promis au débiteur de ne pas l'actionner pendant un certain temps; si le créancier agissait auparavant, le défendeur l'obligeait par cette exception, non pas à renoncer à son droit, mais à en retarder l'exercice jusqu'à l'expiration du terme. Le bénéfice de division établi par Adrien, qui obligeait le créancier à diviser son action entre les différents fidéjusseurs solvables au moment de la litiscontestation, était aussi, à notre avis du moins, opposée sous forme d'exception dilatoire par le fidéjusseur contre lequel le créancier agissait pour le tout : si le créancier la reconnaissait fondée, il devait modifier son action et l'intenter contre tous les fidéjusseurs, au lieu de la diriger seulement contre un d'entre eux. Nous citerons encore le cas où un demandeur se faisait représenter par un *cognitor* ou un *procurator* incapable; l'adversaire lui opposait l'exception *cognitoria* ou *procuratoria* pour l'obliger à changer de représentant. Toutes ces exceptions étaient dites dilatoires, parce qu'elles retardaient l'affaire, sans écarter l'action du demandeur.

Au contraire, les autres exceptions étaient dites péremptoires, parce que, si elles réussissaient, elles emportaient l'absolution du défendeur. Toutefois, cette distinction n'était vraie et ne s'appliquait que pour la procédure engagée devant le préteur chargé de rédiger la formule qui renvoyait l'affaire au juge. Deux situations pouvaient se produire. Si, devant le préteur, le demandeur reconnaissait que l'exception dilatoire était fondée, il modifiait son action dans le sens demandé par le défendeur et, par exemple, en cas de bénéfice de division, il appelait en cause les fidéjusseurs qu'il avait laissés en dehors de l'instance. Mais il pouvait arriver que le demandeur contestât l'exception dilatoire, et alors se produisait un résultat assez étrange : le préteur n'ayant pas le droit de juger et le juge ne pouvant que condamner ou absoudre, il en résultait que le préteur était obligé d'insérer l'exception dilatoire dans la formule, pour en soumettre l'examen au juge, et que celui-ci, s'il la reconnaissait fondée, devait absoudre le défendeur. En d'autres termes, par son insertion dans la formule, l'exception cessait d'être dilatoire pour devenir péremptoire, et c'est ce qui fait également dire que la division des exceptions, en péremptoires ou dilatoires, n'existe que pour la procédure engagée devant le préteur. Telle est l'origine de ces expressions, exception péremptoire, exception dilatoire, qu'on rencontre encore aujourd'hui, la première dans la pratique, et la seconde dans la loi (1).

Le droit canonique s'est emparé de cette distinction, mais en la modifiant et en la complétant; il entend par exceptions péremptoires celles qui, si elles sont fondées, sans attaquer directement le droit du demandeur le rendent cependant inefficace, comme l'exception de dol, l'exception de violence, l'exception fondée sur le sénatus-consulte velléien ou sur le sénatus-consulte macédonien, l'exception de transaction, l'exception de chose jugée, etc. Les exceptions dilatoires paralysent le droit pendant un certain temps, mais ne le détruisent pas. Elles sont de deux sortes : les exceptions dilatoires *solutionis* ont pour objet de retarder le paiement, comme

(1) Nous n'ignorons pas que quelques-unes des solutions proposées sont contestées, mais il n'est pas possible, dans un tableau aussi succinct, d'entrer dans l'examen des controverses.

l'exception tirée de ce que le terme n'est pas encore échu; les exceptions dilatoires *judicii* sont fondées, soit sur l'incapacité d'un des plaideurs ou de son représentant (par exemple parce qu'il est excommunié), soit sur un vice de procédure tenant à l'inobservation d'une forme, soit sur l'incompétence ou l'incapacité du juge (1).

Notre ancien droit, à son tour, s'inspira de ce système du droit canonique et le développa plus largement. Il admit les exceptions péremptoires et les exceptions dilatoires, mais les premières se subdivisèrent en deux classes, et on sépara des secondes tout ce qui touche à la compétence, pour créer les exceptions déclinatoires.

Les exceptions péremptoires étaient de fond ou de forme. Les exceptions péremptoires de fond, ou encore fins de non-recevoir, étaient des prétentions du défendeur qui, sans nier directement celles du demandeur, avaient cependant pour objet de la détruire; telles étaient les exceptions de prescription, de transaction, de chose jugée. Certains auteurs observaient avec raison que ces exceptions péremptoires de fond étaient en réalité des défenses et, en effet, ceux qui les distinguaient des défenses arrivaient à de véritables subtilités. Ainsi le défendeur disait-il qu'il ne devait plus parce que la dette était éteinte par prescription, il opposait une exception péremptoire de fond; invoquait-il un paiement, il faisait valoir une défense, et cependant, dans les deux cas, sa prétention était la même, à savoir que la dette était éteinte.

On appelait exceptions péremptoires de forme celles qui consistaient à invoquer des vices de rédaction dans les actes de procédure, par exemple à demander la nullité de l'ajournement.

Les exceptions déclinatoires, ou encore fins de non-recevoir, consistaient à soutenir que le tribunal ne devait pas connaître de l'affaire à raison de son incompétence, ou pour toute autre cause analogue.

Enfin, les exceptions dilatoires étaient tous les moyens qui avaient pour objet, comme en droit romain, de modifier ou de retarder l'action, mais non de la supprimer, et on comprenait ainsi, dans ces exceptions, de véritables moyens de fond, comme le bénéfice du terme, le bénéfice de division, le bénéfice de discussion, etc. On ne remarquait pas qu'avec un sens aussi large un grand nombre de moyens de défense pouvaient rentrer dans les exceptions dilatoires.

Les rédacteurs du Code de procédure ont profondément modifié ce système de notre ancien droit. Ils ont supprimé les exceptions péremptoires de fond, qui sont devenues de véritables défenses; ils ont conservé les exceptions péremptoires de forme, mais en changeant leur nom pour les appeler exceptions de nullité ou encore, et plus brièvement, nullités. Les exceptions déclinatoires ont été conservées, mais on les a séparées des fins de non-recevoir qui sont assimilées aux défenses et on les a appelées, assez improprement d'ailleurs, des renvois. Les exceptions dilatoires seules n'ont pas changé de nom, mais on en a écarté tout ce qui constitue des moyens de fond et on n'a plus appelé exceptions dilatoires que les moyens par

(1) Ainsi la récusation est une exception dilatoire *judicii*.

lesquels une partie demande un délai pour faire un choix ou appeler quelqu'un en cause.

Si l'on ajoute qu'il y a, en outre, dans notre Code de procédure deux exceptions qui ne rentrent pas dans cette classification, l'exception de caution des étrangers et l'exception de communication de pièces, on aura le tableau complet des exceptions de procédure.

Il faut bien se garder de confondre ces exceptions de procédure avec les exceptions du Code civil. Celles-ci constituent de véritables moyens de défense au fond, comme autrefois les exceptions péremptoires de fond, tandis que les exceptions de procédure n'ont pour ainsi dire aucun rapport avec le fond. Nous citerons comme exemples d'exceptions du Code civil, l'exception de chose jugée, l'exception de prescription, l'exception de discussion, etc. On pourrait relever un grand nombre d'articles du Code civil, dans lesquels le mot exception est pris avec ce sens large (voy. par exemple art. 1208, 1360, 1361, 1367, 2036). Toutes ces exceptions rentrent aujourd'hui dans les défenses. Il faut en dire autant de ce que l'on appelle encore parfois dans la pratique des fins de non-recevoir. Ce sont encore des moyens de fond ou de défense qui présentent cette seule particularité de permettre aux juges, si elles sont fondées, d'écarter le fond sans l'examiner.

Il est essentiel de distinguer aussi les exceptions des défenses et des moyens qu'on leur assimile. Les exceptions doivent en effet être proposées, sous peine de déchéance, en général avant de plaider sur le fond et le plus souvent dans un certain ordre, tandis que les défenses ou autres moyens de même nature peuvent être invoqués en tout état de cause et dans un ordre quelconque (cpr. art. 2224 C. civ. et décret du 30 mars 1808, art. 72). Lorsque le défendeur triomphe dans sa défense, le demandeur perd son procès et, s'il voulait le renouveler, son adversaire l'arrêterait en opposant la chose jugée. Au contraire, le succès de l'exception a seulement pour résultat d'obliger le demandeur à modifier ou à retarder son action.

## § 77. — **Exception de caution contre l'étranger demandeur** (art. 166 et 167 C. pr.; art. 16 C. civ.).

L'exception de caution des étrangers consiste dans le droit réservé au défendeur français de réclamer au demandeur étranger une garantie pour assurer le paiement des frais du procès et des dommages-intérêts qui en résultent dans le cas où cet étranger succomberait. On désigne constamment, dans la doctrine comme dans la pratique, par tradition de l'ancien droit, cette exception sous le nom d'*exceptio judicatum solvi*, expression empruntée au droit romain où elle avait cependant un sens bien différent (1).

Cette exception a, en effet, une origine toute spéciale : elle a été imaginée par nos anciens parlements au profit des Français contre les étrangers. Pendant longtemps, les étrangers furent dispensés de fournir la caution : le roi, disait-on, doit la justice à tous, tant à l'étranger qu'au Français (2). Mais on

(1) La caution *judicatum solvi* était fournie en droit romain par le défendeur à toute action *in rem* et comprenait trois chefs : *de dolo; de re defendenda; de re judicata.*

(2) Bacquet, *Traité des droits d'aubaine*, 2e part., chap. 16, n° 6.

ne tarda pas, à l'époque où les relations devinrent plus fréquentes avec les autres États, à apprendre que les Français plaidant à l'étranger étaient tenus d'y fournir caution, que les jugements obtenus en France contre les étrangers étaient difficiles à exécuter dans leur pays et qu'ainsi les Français étaient souvent à leur entière discrétion. Dans la dernière partie du XVI$^e$ siècle, nombre d'étrangers étaient venus en France, attirés « aussi bien par les troubles civils que par le commerce, *et quorum*, dit Bacquet, *fides valde suspecta erat* ». C'est alors qu'un arrêt du parlement de Paris, en date du 4 janvier 1562, obligea les étrangers à fournir caution en justice toutes les fois qu'ils plaidaient contre des Français. D'autres arrêts de différents parlements organisèrent cette garantie. Mais il n'intervint jamais d'ordonnances royales à ce sujet; aussi se produisit-il des divergences. Dans certains parlements, on obligea même les Français demandeurs à fournir caution lorsqu'ils étaient banqueroutiers ou avaient fait cession de biens et précisément à cause de leur insolvabilité. Un arrêt du parlement de Paris, du 23 août 1571, contraignit l'étranger demandeur à fournir la caution même à l'étranger défendeur par la raison fort contestable que l'impossibilité d'exécuter les jugements hors de France existe aussi bien pour les étrangers que pour les Français. Il ne semble pas que cette jurisprudence ait été ni constante ni générale, et, dans tous les cas, il est certain qu'elle s'était modifiée au temps de Pothier. A cette époque, le défendeur étranger ne pouvait exiger la caution qu'à la condition d'en fournir une de son côté au demandeur étranger.

La tendance actuelle des législations étrangères est de supprimer les inégalités qui existaient dans presque tous les pays, entre nationaux et étrangers, devant la justice; le nouveau Code de procédure italien n'admet plus la caution des étrangers. En France, nous avons très récemment et très maladroitement procédé en sens inverse. On avait toujours admis, même dans notre ancien droit, que la caution des étrangers n'était pas due en matière commerciale. Telle était la législation du Code civil et du Code de procédure jusqu'à la loi du 5 mars 1895, qui impose aujourd'hui la caution à l'étranger demandeur, même en matière commerciale. Rien n'est plus contraire à l'esprit de notre temps qui est de faciliter, plus encore que par le passé, les opérations commerciales et industrielles entre Français et étrangers. En outre, cette mesure, au lieu de favoriser les Français vis-à-vis des étrangers, s'est retournée contre eux : d'une part, certaines législations, usant du droit de représailles, ont imposé aux Français qui plaident dans leur pays l'obligation de caution en matière commerciale, dont ils avaient été jusqu'alors dispensés; d'un autre côté, les étrangers, avertis des difficultés que peut leur présenter l'accès de la justice française, refusent, plus souvent qu'autrefois de traiter à crédit avec des Français pour éviter les chances de procès. La meilleure loi serait celle qui supprimerait d'une manière générale la caution des étrangers, mais seulement pour ceux d'entre eux qui appartiennent à des États ayant passé avec la France des traités destinés à assurer dans ces États l'exécution des jugements français. Dans ces circonstances, en effet, l'étranger donne au Français les mêmes garanties que les nationaux de son pays.

La caution des étrangers est une caution légale imposée par les articles 16

du Code civil, 166 et 167 du Code de procédure. Il en résulte que l'étranger peut les remplacer par un nantissement équivalent ou par la consignation de la somme jusqu'à concurrence de laquelle elle doit être fournie, comme l'indique lui-même l'article 167 du Code de procédure (cpr. art. 2040 et 2041 C. civ ). Lorsque la caution consiste dans la promesse d'un tiers, ce tiers doit, aux termes de l'article 2018 du Code civil, avoir la capacité de contracter, posséder des biens suffisants pour garantie du paiement et enfin être domicilié dans le ressort de la cour d'appel. Certains auteurs dispensent de cette troisième condition ou tout au moins exigent seulement que la caution soit domiciliée en France, sous le prétexte un peu vague que tel est l'esprit de la loi. C'est aussi la solution qu'adoptent d'autres lois, notamment celle du 10 septembre 1807 et celle du 17 avril 1832; mais précisément comme il n'existe aucune disposition analogue en notre matière, il faut bien s'en tenir au droit commun.

La caution n'est jamais due que par les étrangers et quand ils sont demandeurs; le Français n'en est jamais tenu et, au Français, il faut, bien entendu, assimiler l'étranger autorisé à établir son domicile en France (art. 13 C. civ.). Par cela seul que l'étranger est demandeur, il doit la caution, qu'il soit demandeur au principal ou en intervention, mais il ne faudrait pas croire que tout intervenant joue le rôle de demandeur; il ne le prend qu'autant qu'il intervient dans l'intérêt du demandeur principal ou dans son propre intérêt; s'il intervient dans l'intérêt du défendeur, il est lui-même défendeur et comme tel dispensé de la caution.

L'étranger défendeur n'est jamais tenu de la caution, parce qu'elle aurait été une gêne ou même une entrave à son droit de défense; en supposant qu'il n'ait pas pu trouver une caution, il en aurait été réduit à se laisser juger par défaut. Parfois, le défendeur ne se borne pas à repousser l'action, il forme lui-même une demande reconventionnelle pour obtenir une condamnation. Cette demande reconventionnelle, à raison même de son caractère accessoire, ne retire pas au défendeur sa qualité originaire.

En cause d'appel, l'étranger ne doit la caution qu'autant qu'après avoir été demandeur en première instance il est appelant devant les juges du second degré; il conserve en effet, en pareil cas, le rôle qu'il a joué en première instance (1). Mais si l'étranger a été défendeur en première instance, il ne doit pas la caution quoiqu'il interjette appel, car cet appel n'est que la suite et la conséquence de son droit de défense. Enfin quel qu'ait été le rôle de l'étranger en première instance, il est manifeste qu'il ne peut pas être tenu de la caution en cause d'appel, s'il y joue le rôle d'intimé (2).

Lorsqu'un étranger a été condamné par défaut comme défendeur et fait ensuite opposition, il n'en reste pas moins défendeur et est dispensé de la caution au moment où l'affaire revient devant le tribunal sur son opposition; mais, par réciprocité, si un Français défendeur avait été condamné par défaut au profit d'un étranger demandeur, le Français pourrait, à la suite de son

(1) Paris, 23 janvier 1891, D. P. 92, 2, 327; Chambéry, 26 février 1894, D. P. 96, 2, 150.

(2) Aix, 9 juillet 1874, D. P. 76, 2, 136; Paris, 9 janvier 1884, D. P. 85, 2, 231.

opposition, demander la caution. C'est la conséquence de ce que l'opposition ne change pas les rôles primitifs des parties (1).

Toute autre est la situation de l'étranger qui prend une voie de recours exceptionnelle : tierce opposition, requête civile, pourvoi en cassation, prise à partie ; c'est bien un nouveau procès qui commence et dans lequel l'étranger devient demandeur, même s'il a été originairement défendeur. Aussi doit-il la caution, à moins d'une exception, comme il en existe une pour le pourvoi en cassation.

L'étranger qui propose la nullité d'une saisie ou d'un emprisonnement, ne fait que se défendre : il ne doit donc pas la caution. La solution contraire s'imposerait, s'il agissait en validité de la saisie.

La caution est due par tout étranger demandeur, quelle que soit sa qualité ou sa dignité, même par les États, même par les souverains étrangers : du moment qu'ils saisissent la justice française, ils se soumettent à ses lois et on peut même observer que la caution est d'autant plus utile au Français que son adversaire est plus puissant. C'était déjà la solution de notre ancienne jurisprudence. Le comte Golowkin, ambassadeur de Russie, fut soumis à la caution en 1732, et le prince souverain de Hohenlohe en 1781. De notre temps, les États-Unis ont dû fournir une caution de 1 500 000 francs dans l'affaire Armand.

Pour savoir si le demandeur est Français ou étranger, il faut rechercher quelle est sa nationalité au moment où le procès commence, c'est-à-dire au jour de l'ajournement. S'il est étranger à cette époque, il doit la caution, sauf à en être relevé lorsqu'au cours du procès il acquiert la nationalité française. Au contraire, le créancier, étranger au jour de la naissance de son droit et Français au jour de l'ajournement, ne doit pas la caution. Il faut en dire autant de l'héritier et du cessionnaire français d'un créancier étranger. La caution est due par le demandeur qui, de Français, est devenu étranger avant le procès, ou qui, étant étranger, a avant la même époque acquis par héritage ou par cession (2) les droits d'un Français. Enfin, le Français qui change de nationalité au cours de l'instance est aussi tenu de fournir la caution. Tel serait le cas d'une femme française qui se marierait, pendant l'instance, à un étranger. Lorsque le garanti menacé d'éviction par le demandeur appelle en cause son garant, il doit la caution, s'il est étranger, à ce garant, car vis-à-vis de ce dernier il prend le rôle de demandeur, bien qu'il ait celui de défendeur à la cause principale. Si la garantie faisait elle-même l'objet d'une demande principale, le garanti devrait certainement la caution au garant défendeur ; on ne voit pas pour quel motif il en serait dispensé lorsque la garantie est incidente, car cette circonstance ne retire pas au garanti le rôle de demandeur.

La faculté de requérir la caution *judicatum solvi* est un privilège réservé aux Français, auxquels il faut assimiler les étrangers autorisés à établir leur domicile en France. L'opinion contraire, appuyée sur notre ancien droit, est aujourd'hui abandonnée (3).

(1) Trib. de la Seine, 16 février 1889, le *Droit*, 28 avril 1889.
(2) Trib. de la Seine, 13 avril 1877, *Journal de droit international privé*, 1878, p. 160.
(3) Nancy, 14 juin 1876, D. P. 76, 5, 225.

Avant la Révolution, la caution reposait sur une raison d'ordre public: assurer le respect de la chose jugée par les tribunaux francais, et cette raison s'appliquait aussi bien entre étrangers qu'entre Français et étrangers. Aujourd'hui, il s'agit de tout autre chose, d'une mesure d'intérêt privé destinée à protéger les Français contre les étrangers qui peuvent trop souvent passer la frontière pour échapper aux conséquences des jugements de nos tribunaux. La place même qu'occupe l'article 16 dans le Code civil, et les explications données dans les travaux préparatoires à l'occasion de cet article, prouvent qu'il s'agit ici d'un droit civil dans le sens strict de ce mot, c'est-à-dire d'un privilège réservé aux Français. D'ailleurs, dans notre ancien droit, le demandeur étranger ne devait la caution au défendeur étranger qu'autant que celui-ci la lui fournissait par réciprocité. Or, aujourd'hui, il ne saurait être question dans aucun cas, à raison du silence de la loi, d'imposer la caution à un défendeur quelconque. C'est bien là une nouvelle preuve de ce que les lois actuelles ont consacré un système différent de celui de notre ancien droit (1).

La caution est due, aux termes de l'article 16 du Code civil, « en toutes matières autres que celles de commerce ». Cette dernière disposition est aujourd'hui abrogé par la malencontreuse loi du 5 juin 1895 qui impose la caution même en matière commerciale.

Mais l'étranger ne doit la caution qu'autant qu'il agit par voie de demande en justice ou de condamnation. Poursuit-il en vertu d'un titre exécutoire, sans s'adresser à la justice, il ne doit aucune garantie; il en est autrement s'il veut exécuter en France un jugement étranger, précisément parce que ce titre n'est pas exécutoire par lui-même et qu'il faut s'adresser à la justice pour obtenir la formule exécutoire, peu importe qu'au procès il ait joué le rôle de défendeur ou celui de demandeur (2). De même, du moment qu'à l'occasion de voies d'exécution il faut s'adresser à la justice, la caution est due, par exemple par celui qui entame une instance de saisie immobilière ou encore par le tiers qui forme une demande en distraction (3).

La caution est fournie pour le cas où le demandeur étranger succomberait; il est alors condamné à payer tous les frais et peut même être tenu de dommages-intérêts résultant du procès. Ce sont précisément ces deux condamnations qui sont garanties par la caution (art. 16 C. civ. et 166 C. pr.). Si la caution a été demandée pour la première fois en appel, elle ne garantit que les frais d'appel et ne doit pas s'étendre à ceux de première instance (4).

Il peut se faire que l'étranger demandeur encoure d'autres condamnations, par exemple des dommages-intérêts qui ne sont pas la conséquence du procès: la caution ne les garantit pas. La solution contraire semble, il est vrai, résulter de l'article 166 du Code de procédure. Cet article porte en termes généraux que la caution garantit la condamnation aux dommages-inté-

(1) Nancy, 14 juin 1876, cité *supra*; Douai, 22 juin 1877, D. P. 77, 5, 211; Bordeaux, 27 juillet 1893, D. P. 93, 2, 583.

(2) Nancy, 16 juin 1877, S. 78, 2, 15 et D. P. 78, 2, 109; Chambéry, 26 février 1894, D. P. 96, 2, 151.

(3) Trib. de la Seine, 27 juillet 1879, S. 80, 2, 267; Nancy, 22 janvier 1889, D. P. 89, 2, 241.

(4) Nancy, 22 janvier 1889, cité *supra*.

rêts, sans distinguer entre ceux qui résultent du procès et ceux qui ont une autre cause ; mais cette disposition est expliquée et rectifiée par l'article 16 du Code civil qui limite l'engagement de la caution aux dommages-intérêts nés du procès.

En cause d'appel, l'appelant qui succombe doit une amende ; elle n'est pas non plus garantie par la caution, et il faut en dire autant des droits d'enregistrement qui ne font pas partie des frais (1).

D'ailleurs la caution est due, en principe, devant toute juridiction civile, commerciale, criminelle ou administrative, non seulement devant les tribunaux d'arrondissement et les cours d'appel, mais devant les tribunaux de commerce, en justice de paix (2), devant le juge des référés, devant les conseils de prud'hommes, en matière de police simple ou correctionnelle, devant les conseils de préfecture ou autres tribunaux administratifs.

La caution n'étant établie que dans l'intérêt privé du défendeur français, le tribunal ne peut pas ordonner d'office qu'elle sera fournie ; il faut qu'elle soit demandée par le défendeur et celui-ci est même tenu, sous peine de déchéance, de la réclamer dès le début du procès.

Mais avant quel moment ? L'article 166 répond très nettement : avant toute autre exception, et aucune difficulté ne se présenterait si la loi ne répétait pas la même formule d'abord pour l'exception d'incompétence relative (art. 169 C. pr.), ensuite pour l'exception de nullité de l'ajournement (art. 173 C. pr.). De là une véritable confusion, surtout dans la doctrine. Les uns se tirent à peu près d'embarras en disant que la loi ayant trois fois répété la même formule, ces trois exceptions, de caution, d'incompétence, de nullité, peuvent être proposées entre elles dans un ordre quelconque, sauf cependant à faire passer l'exception d'incompétence avant celle de nullité, à cause des termes formels de la loi. D'autres prétendent qu'il faut invoquer d'abord l'exception d'incompétence. Et quelques-uns ajoutent aussi l'exception de nullité. Ils en donnent pour raison que la caution ne sera pas nécessaire si l'une ou l'autre de ces deux exceptions réussit, puisque le procès ne s'engagera pas. On oublie, dans ce système, que même ces incidents d'incompétence ou de nullité peuvent occasionner des frais qui doivent être garantis par la caution. Aussi préférons-nous décider que l'exception de caution doit être proposée la première à peine de déchéance. D'ailleurs, le législateur, au titre des exceptions, a toujours suivi l'ordre dans lequel il entend que les exceptions soient proposées. Or l'exception de caution est placée la première. Le défendeur serait donc déchu du droit de la faire valoir s'il proposait toute autre exception, déclinatoire, de nullité ou dilatoire, à plus forte raison s'il plaidait sur le fond et même s'il se bornait à demander délai (3). Mais le fait d'avoir plaidé en référé sans avoir demandé la caution ne prive pas du droit de la réclamer ensuite devant le tribunal, car il s'agit là de deux instances et de deux procès différents. L'ordonnance de référé ne doit même pas préjuger au principal (4).

(1) Paris, 27 juillet 1875, D. P. 77, 2, 117.
(2) Tribunal de paix de Liège, 23 septembre 1881, S. 82, 4, 47.
(3) Pau, 23 mai 1893, D. P. 94, 2, 392.
(4) Paris, 27 juillet 1875, cité *supra*.

Le défendeur demande la caution dans la procédure ordinaire par une requête qui ne doit pas dépasser deux rôles (art. 75 du tarif civil, § 2). Un simple acte de conclusions et même des conclusions verbales à l'audience suffisent dans les affaires sommaires. En cas de difficulté entre les parties, le tribunal instruit et juge l'incident.

On a déjà dit que la caution consiste dans l'engagement d'un tiers, à moins que l'étranger ne préfère consigner une somme ou une valeur ou un objet mobilier comme un bijou; il peut même donner caution sous les deux formes à la fois, par exemple verser une certaine somme et, si elle n'est pas suffisante, indiquer un tiers répondant pour le reliquat. Si, au cours du procès, il se trouve que, par suite de certains incidents, la caution devient insuffisante, on peut en demander un supplément qu'on obtient par un second jugement. Ceci prouve bien que le jugement statuant sur l'exception de caution est provisoire. N'est-il pas évident aussi qu'il a pour objet de mettre une partie à l'abri d'un danger résultant de la contestation ? On se trompe manifestement quand on prétend que ce jugement est préparatoire, car il n'a pas pour objet l'instruction de l'affaire. Comme tout jugement provisoire, il peut être attaqué tout de suite par la voie de l'appel, et, pour savoir s'il est susceptible d'appel, il ne faut pas s'attacher au fond de la demande, mais à la somme réclamée à titre de caution. C'est le droit commun pour les jugements provisoires qui en effet se détachent complètement du fond du litige (1).

Le tribunal doit observer, pour la réception de la caution, les formes indiquées aux articles 517 et suivants du Code de procédure. Ordinairement, le tribunal fixe au demandeur un délai pour fournir caution ; ce délai expiré, le défendeur a le droit de demander à être renvoyé de l'instance, mais tant qu'il n'use pas de ce droit le demandeur peut fournir caution. Si le tribunal n'a pas fixé de délai, le défendeur peut exiger que l'affaire reste en suspens tant que la caution n'aura pas été fournie et, au bout de trois ans, il demandera la péremption d'instance. Mais, dans aucun cas, le droit du demandeur ne peut être atteint que par la prescription (2).

La caution est déchargée lorsque le demandeur étranger a gagné le procès par un jugement qui n'est pas ou qui n'est plus susceptible d'appel. Tant que cette voie de recours est ouverte, elle garantit, en effet, les frais de l'instance engagée et ceux de l'appel éventuel, mais non ceux des voies de recours extraordinaires. Elle serait déchargée au cours de l'instance, mais pour l'avenir seulement, si, pendant le procès, l'étranger demandeur devenait Français par l'effet d'une naturalisation.

Il nous reste à faire connaître certains cas dans lesquels, par exception, le demandeur étranger est dispensé de fournir caution,

En premier lieu, c'est ce qui se produit lorsqu'il possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer le paiement des frais et dommages-intérêts pouvant résulter du procès (art. 167 C. pr.). Il n'est pas nécessaire que ces immeubles soient situés dans l'arrondissement

(1) Paris, 29 mai 1895, D. P. 96, 2, 397.
(2) Paris, 4 novembre 1886, S. 88, 2, 89; Paris, 23 janvier 1891, D. P. 92, 2, 327.

du lieu où siège le tribunal ; la loi n'en dit rien et on ne peut pas argumenter d'analogie avec l'article 2023 du Code civil. Il n'est pas non plus nécessaire que l'étranger ait la propriété exclusive de l'immeuble et il peut n'être que copropriétaire ou nu propriétaire ou superficiaire ou emphythéote ou même usufruiteur, pourvu que les biens et les droits soient suffisants. On a prétendu, mais à tort, qu'un droit réel immobilier comme un usufruit ne dispense pas de la caution, sous prétexte que la loi parle d'immeubles situés en France. Il est vrai qu'il n'est pas d'usage d'employer cette expression pour des droits réels immobiliers, mais c'est là une pure question de langage, car, en réalité, ces droits réels immobiliers sont attachés aux immeubles et ont par cela même, eux aussi, une situation.

On a soutenu autrefois que l'étranger pouvait être contraint par le tribunal à donner hypothèque sur ses immeubles ; cette opinion est aujourd'hui abandonnée. Il faudrait un texte pour conférer un semblable droit à la justice, et ce texte n'existe pas. Si le tribunal était appelé à rendre un jugement déclarant les immeubles suffisants, ce jugement lui-même n'emporterait pas hypothèque judiciaire, car cette déclaration ne constate pas une créance et l'hypothèque judiciaire suppose nécessairement une créance relatée par le jugement et qu'elle garantit (1). Il est vrai que l'étranger peut, au cours du procès, aliéner ses immeubles ou les grever d'hypothèques et détruire ainsi les garanties qu'ils fournissaient. Mais alors le Français pourra demander la suspension des poursuites tant qu'il n'aura pas reçu caution, et l'étranger ne saurait soutenir que ces conclusions sont tardives, puisqu'elles ne pouvaient pas être proposées plus tôt.

En second lieu, l'étranger est encore dispensé de fournir caution s'il a été autorisé à établir son domicile en France ; quant aux droits civils, il est assimilé au Français. Mais si cette autorisation lui était retirée ou s'il en perdait le bénéfice au cours du procès, le défendeur français pourrait à ce moment demander la caution, comme il aurait le droit de la réclamer à un demandeur français devenu étranger.

En troisième lieu, l'étranger ne doit pas la caution s'il en est dispensé par un traité diplomatique passé entre la France et son pays. Cette question rentrant dans le droit international privé, nous nous en tiendrons à quelques observations. Relevons d'abord qu'un traité est nécessaire ; il ne suffirait pas qu'une loi étrangère dispensât dans un pays les Français de la caution pour que les nationaux de ce pays pussent invoquer le même bénéfice en France. De même, nous avons passé avec un assez grand nombre d'États des traités relatifs à l'exécution des jugements ou au bénéfice de l'assistance judiciaire. Il ne faudrait pas conclure de ce que ces traités assurent en France l'exécution des jugements étrangers ni de ce qu'ils confèrent aux nationaux de ces pays l'assistance judiciaire, que ceux-ci sont dispensés de la caution (2).

Au contraire, cette dispense doit être déduite d'une clause aujourd'hui très générale et insérée dans un grand nombre de traités conclus avec la France,

(1) Aubry et Rau, t. VIII, § 747 *bis*, note 14 ; *contra* Garsonnet, t. III, § 464, note 9.

(2) Voy. l'énumération des traités dans *Jur. gén.*, *Supplément*, v[is] *Exceptions et fins de non-recevoir*, t. VIII, §§ 8 et suiv., p. 19 et suiv.

aux termes de laquelle « les sujets respectifs auront un libre et facile accès auprès des tribunaux pour la poursuite et la défense de leurs droits ; ils jouiront, sous ce rapport, des mêmes droits que les nationaux ». Il faut aussi voir une exemption de la caution dans la clause des traités qui stipulent pour les ressortissants étrangers en France le traitement de la nation la plus favorisée, à moins que cette stipulation ne soit limitée, comme l'article 11 du traité de 1871 de Francfort et l'article 1er du traité franco-anglais du 18 mai 1882, aux rapports commerciaux des puissances contractantes.

D'après la convention internationale relative à la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883, les étrangers appartenant à l'un des États de l'Union jouissent en France des mêmes droits que les nationaux en ce qui concerne la propriété industrielle. On doit en conclure que dans les litiges de cette nature les étrangers de ces États sont dispensés de fournir la caution (1).

En dernier lieu, la conférence de la Haye a supprimé la caution des étrangers entre tous les États qui y ont adhéré et, la France étant au nombre de ces États, l'application de la caution sera à l'avenir assez rare.

On voit, par cet exposé, que l'exception de la caution des étrangers ne rentre dans aucune des trois classes qui comprennent la plupart des exceptions : elle n'est ni déclinatoire, ni de nullité, ni dilatoire. Le défendeur en effet ne demande pas au tribunal de se dessaisir, ne prétend pas qu'un acte de procédure est nul pour vice de forme et ne réclame aucun délai.

### § 78. — Des exceptions déclinatoires ou renvois (art. 168 à 173 C. pr.).

La loi appelle renvois les exceptions par lesquelles une partie, le plus souvent le défendeur, demande qu'un tribunal saisi d'une affaire n'en connaisse pourtant pas, parce qu'il n'est pas le tribunal désigné par la loi. Ces exceptions portaient autrefois le nom d'exceptions déclinatoires ; le plaideur en effet décline l'honneur d'être jugé par le tribunal. Cette dernière expression est encore aujourd'hui employée par la doctrine et par la jurisprudence, et le législateur s'en sert aussi dans quelques articles (art. 424, 425 C. pr.). Elle est en effet préférable au mot renvoi. Celui-ci peut porter à croire que le tribunal, s'il accueille l'exception, renvoie devant les juges compétents (2). Or il n'en est rien : ce tribunal doit se borner à déclarer qu'il ne peut pas connaître de l'affaire sans renvoyer au juge des parties (3). C'est à elles qu'il appartient de le saisir et elles peuvent, on le sait, avoir dans certains cas le choix entre plusieurs tribunaux. Si le tribunal qui accueille l'exception désignait la juridiction compétente, il priverait les parties de ce choix. Il pourrait aussi arriver que le tribunal auquel l'affaire serait

(1) Voy. sur cette question Despagnet, *Précis de droit international privé*, p. 297, § 281.

(2) D'autant plus que l'article 168 reproduit même cette formule très inexacte.

(3) Dans la pratique, en se déclarant incompétents les juges prononcent à tort le « renvoi », mais il faut dire qu'ils corrigent cette erreur en ajoutant : « devant les juges qui doivent en connaître », sans préciser quels sont les juges compétents.

renvoyée par le premier tribunal se déclarât à son tour incompétent, ce qui produirait une contrariété de chose jugée tout à fait regrettable. Le mot renvoi est aussi employé dans un second sens, pour désigner un autre incident, celui qui résulte de ce que dans le tribunal saisi et d'ailleurs compétent l'une des parties compte un certain nombre de parents ou alliés; l'autre partie a le droit de demander que ce tribunal ne connaisse pas de l'affaire et de lui proposer le renvoi à un autre. Dans ce cas, en effet, le tribunal saisi indique lui-même quel est celui qui statuera en ses lieu et place. Il aurait mieux valu réserver le mot renvoi à ce dernier incident et désigner toujours nos exceptions sous le terme d'exceptions déclinatoires.

Il existe trois sortes d'exceptions déclinatoires : l'exception d'incompétence, l'exception de litispendance et l'exception de connexité. C'est surtout à propos de l'exception d'incompétence qu'il est juste de critiquer le mot renvoi ; celui-ci s'applique mieux au cas de litispendance et au cas de connexité, car alors un des deux tribunaux renvoie effectivement l'affaire à l'autre.

Les articles 168, 169, 170 sont consacrés à l'exception d'incompétence. On sait qu'il existe deux sortes d'incompétences, l'une absolue, l'autre relative ; c'est ici le lieu de rappeler les différences qui les séparent et de déterminer les effets qu'elles produisent.

L'incompétence absolue suppose que le demandeur a porté l'affaire devant un tribunal d'une nature, d'un degré ou d'un ordre différent de celui déterminé par la loi. Il a donc violé une loi fondamentale de notre organisation judiciaire, une loi d'ordre public. Aussi l'exception d'incompétence peut-elle en pareil cas être proposée par toute partie au procès, même par le demandeur qui en est la cause, et nous rencontrons ainsi une application d'une observation antérieurement faite, à savoir que si les exceptions sont le plus souvent proposées par le défendeur, il peut arriver parfois aussi qu'elles soient invoquées par le demandeur (1). Si les parties gardent le silence, le ministère public a le droit et le devoir de proposer l'incompétence absolue, et enfin le tribunal a le devoir de se déclarer d'office incompétent (2). Cette exception d'incompétence absolue peut se produire en tout état de cause, même pour la première fois devant la cour d'appel, ou encore devant la Cour de cassation (3). Toutefois, cette règle doit se combiner avec celle qui concerne les conditions d'admission des voies de recours et, par exemple, il ne pourrait plus être question de proposer l'incompétence absolue pour la première fois en appel, si le jugement de première instance sur le fond n'était plus susceptible d'appel, par suite de l'expiration des délais de cette voie de recours ; ce jugement serait alors devenu irrévocable, et l'incompétence quoique absolue serait couverte. On verra bientôt que tout jugement statuant sur la compétence est susceptible d'appel et cependant ici encore l'incompétence absolue sera couverte si les parties laissent écouler le délai d'appel sans l'attaquer, car le pourvoi en cassation n'est jamais admis contre un jugement qui a été susceptible d'appel. L'incompétence absolue serait encore

(1) Paris, 1er avril 1853, D. P. 54, 5, 238.
(2) Bordeaux, 15 mai 1891, D. P. 92, 2, 197.
(3) Orléans, 31 mars 1892, D. P. 92, 2, 365 ; Alger, 15 mars 1892 ; D. P. 93, 2, 194 ; Besançon, 15 novembre 1899, D. P. 1900, 2, 250.

couverte, si les délais du pourvoi en cassation étaient expirés sans qu'il y ait eu pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel qui se serait à tort déclarée compétente (1). Mais, l'ordre public étant intéressé, il est impossible aux parties de couvrir l'incompétence absolue, même par renonciation expresse ou tacite, par exemple par acquiescement ou exécution volontaire du jugement (2). Tout ce qu'elles peuvent faire, c'est de laisser le jugement devenir irrévocable en ne l'attaquant pas par les voies de recours. La nécessité d'empêcher les procès de se perpétuer indéfiniment oblige alors à admettre que même le jugement entaché d'incompétence absolue doit, s'il n'est pas attaqué, devenir irrévocable à un certain moment. D'ailleurs, tant que le délai d'appel du jugement est ouvert sur la compétence, rien ne s'oppose à ce que cet appel soit formé, bien que le jugement, ou la partie du jugement sur le fond, soit passé en force de chose jugée (3).

Bien différents sont les effets et beaucoup moins graves les conséquences de l'incompétence relative. Elle suppose, on s'en souvient, que le tribunal saisi par le demandeur appartient à la nature, à l'ordre et au degré déterminés par la loi, mais qu'il ne s'est pas adressé au juge naturel du défendeur. Celui-ci a le droit de se plaindre et il le fait en proposant l'exception d'incompétence relative. Cette incompétence étant établie dans l'intérêt exclusif du défendeur, lui seul peut s'en prévaloir, à l'exclusion du demandeur et du ministère public (4). Quant au tribunal, il ne faudrait pas aller jusqu'à dire qu'il n'a pas le droit de déclarer d'office l'incompétence relative (5). La vérité est que, si le défendeur ne propose pas l'incompétence relative, le tribunal peut juger, sans toutefois y être obligé, à moins qu'il ne s'agisse d'un juge de paix. Dans ce dernier cas, l'article 7 impose à ce magistrat l'obligation de statuer, mais, par cela même qu'il a pour objet de déroger au droit commun, il prouve qu'en règle générale le tribunal incompétent d'une manière relative, quoiqu'accepté par le défendeur, peut refuser de statuer, parce qu'il n'est pas le juge naturel des parties.

Lorsque le défendeur veut invoquer l'incompétence relative, il doit avoir soin de la proposer au début de l'affaire, et nous pouvons maintenant préciser ce moment en disant : immédiatement après la caution de l'étranger, et immédiatement avant l'exception de nullité de l'ajournement. L'incompétence serait donc couverte par le silence du défendeur, et le tribunal pourrait juger, si le défendeur avait conclu au fond, par exemple en répondant à l'action en paiement du créancier par des conclusions où il prétendrait que la dette est éteinte (6), ou bien encore s'il proposait l'exception de nullité (7),

(1) Civ. rej., 22 février 1876. S. 76, 1, 68; civ. cass., 9 mai 1876, S. 76, 1, 265; Aix, 27 décembre, 1882 D. P. 84, 2, 220; req., 11 juin 1883, D. P. 84, 5, 243; req., 8 décembre 1885, D. P. 86, 1, 157; req., 28 janvier 1889, D. P. 89, 5, 242.

(2) Rennes, 12 décembre 1881, D. P. 82, 2, 197.

(3) Paris, 24 mars 1893, D. P. 94, 2, 491 et ma note.

(4) Req., 26 février 1894, D. P. 94, 2, 511.

(5) Voy. cependant trib. supérieur de la Guyane française, 8 décembre 1889, D. P. 94, 1, 149.

(6) Req., 15 juillet 1875, S. 75, 1, 454; Lyon, 7 avril et 24 mars 1876, D. P. 79, 2, 204.

(7) Civ. cass., 22 janvier 1877, S. 77, 1, 341.

une exception dilatoire, l'exception de communication de pièces relatives au fond du débat (1). Mais s'il demandait communication de certaines pièces nécessaires pour établir l'incompétence, celle-ci ne serait évidemment pas couverte. On admet aussi que le défendeur peut, par le même acte, conclure à l'incompétence du tribunal et à la nullité de l'ajournement, à la condition qu'il ait soin de dire qu'il ne soulève cette exception de nullité qu'à titre subsidiaire et pour le cas où l'exceplion d'incompétence serait repoussée (2). On admet encore que des conclusions, même prises sur le fond, ne couvrent pas l'exception d'incompétence, si le défendeur a eu soin de déclarer qu'elles sont aussi subsidiaires, et pour le cas où le tribunal se déclarerait compétent; mais en toute autre circonstance des conclusions au fond couvriraient l'incompétence, même si elles avaient été prises à l'audience sans avoir été préalablement signifiées, pourvu qu'elles aient été auparavant acceptées par le défendeur (3). On ne considérerait pas, au contraire, comme impliquant renonciation à l'incompétence le consentement donné à des mesures conservatoires prescrites par le tribunal, à la condition que l'exception d'incompétence ait été expressément réservée (4). En matière de divorce ou de séparation de corps, la jurisprudence décide que la comparution en conciliation devant le président de l'époux défendeur le rend non recevable à opposer ultérieurement l'incompétence (5), à moins bien entendu qu'il n'ait fait, en comparaissant, ses réserves expresses. Il va sans dire que le fait de constituer avoué ne saurait couvrir l'exception, puisque cette constitution d'avoué est précisément nécessaire pour la faire valoir. Celui qui a fait défaut faute de comparaître peut certainement, sur son opposition, proposer l'incompétence, car il n'a encore signifié aucun acte et n'a rien pu couvrir; il en est de même du défaillant faute de conclure, à moins qu'il n'ait signifié des défenses au fond avant son défaut. Celui qui intervient pour le compte du défendeur ne peut opposer l'exception qu'autant que celui-ci en aurait encore le droit (6), mais le garant peut toujours l'opposer, même si le garanti en est déchu, car loin d'être l'ayant cause du garanti il est son auteur, pourvu qu'il n'ait pas personnellement conclu au fond (7).

Souvent les tribunaux édictent des règlements ou admettent des usages sur la présentation des exceptions; mais ce sont là des règles de pure discipline intérieure dont l'inobservation ne saurait entraîner déchéance du droit de proposer l'exception (8).

La litispendance suppose qu'une affaire est engagée entre les mêmes parties devant deux tribunaux également compétents pour en connaître. Le concours de ces circonstances est assez extraordinaire, mais il est facile de se convaincre tout de suite que, si on laissait les deux tribunaux statuer sur

(1) Rouen, 10 mars 1880, S. 81, 2, 61; Pau, 9 mai 1888, D. P. 89, 2, 160; Nancy, 13 mars 1893, D. P. 94, 2, 439.
(2) Lyon, 11 décembre 1883, D. P. 85, 2, 93.
(3) Paris, 3 mars 1877, S. 79, 2, 324.
(4) Civ. rej., 21 avril 1884, S. 86, 1, 206, D. P. 85, 1, 103.
(5) Paris, 5 février 1889, D. P. 90, 2, 358; Paris, 15 mars 1892; D. P. 93, 2, 367.
(6) Req., 4 janvier 1841, D. P. 41, 1, 76.
(7) *Jur. gén.*, v° *Exceptions*, n°s 120 et 121.
(8) Lyon, 1er mars 1877, D. P. 79, 2, 204.

la même affaire et entre les mêmes parties, on aboutirait nécessairement à un résultat fâcheux : ou les deux tribunaux statueraient en sens contraire, et alors le second jugement serait nul pour violation de la chose jugée, mais encore faudrait-il l'attaquer par la voie de l'appel ou par celle du pourvoi en cassation ; ou les deux jugements seraient identiques, et alors on aurait, tout au moins, fait des frais inutiles.

L'exception de litispendance suppose nécessairement que les deux tribunaux sont compétents pour connaître de l'affaire ; si l'un des deux était incompétent, on ne devrait plus proposer cette exception, mais celle d'incompétence. Il peut en effet arriver que deux tribunaux soient compétents pour la même affaire ; c'est ce qui se produit, par exemple, en matière mixte ou, s'il y a deux défendeurs, en matière personnelle, ou bien encore si le même défendeur est assigné devant le tribunal de son domicile et ensuite devant un autre tribunal dont il couvre l'incompétence. Dans ces différentes circonstances, on aura le droit d'invoquer la litispendance devant le tribunal qui a été saisi le second.

On peut se demander comment deux parties seront amenées à plaider la même affaire devant deux tribunaux différents. Le fait sera en effet très rare, tant que les deux personnes originairement engagées au procès demeureront elles-mêmes dans l'affaire. Mais il peut arriver que toutes deux décèdent et que les héritiers de l'une et de l'autre, ignorant la première instance, en engagent une seconde, puis qu'ensuite les héritiers d'un des plaideurs, précisément ceux pour lesquels l'affaire tourne assez mal, découvrent la première instance ; ils soulèvent alors l'exception devant le tribunal qui a été saisi le second, par exemple, en matière mixte, devant le tribunal de la situation de l'immeuble. D'autres fois, un seul des plaideurs sera décédé et le survivant profitera de l'ignorance où sont les héritiers de l'existence de la première instance pour les attirer devant un second tribunal également compétent, et où il espère avoir plus de chance de succès.

Dans tous les cas, la litispendance suppose deux tribunaux compétents saisis de la même affaire. Ainsi, elle n'existerait pas si une des deux instances n'était pas encore commencée bien qu'on eût subi le préliminaire de conciliation, ou si, devant un des deux tribunaux, la péremption avait été prononcée. Dans le premier cas, l'instance n'est pas encore ouverte devant le tribunal, car la tentative de conciliation ne fait que la précéder (1), et, dans le second cas, l'instance n'existe plus, parce que la péremption l'a éteinte (2), de sorte que, dans les deux cas, un seul tribunal est saisi.

La litispendance suppose aussi que les deux tribunaux saisis sont l'un et l'autre français. Si l'un était français et l'autre étranger, le principe de l'indépendance des États s'opposerait à ce que le premier fût obligé de se dessaisir au profit du second (3).

Il n'y aurait pas non plus litispendance s'il s'agissait en réalité de deux

(1) Douai, 22 février 1869, D. P. 69, 2, 107.
(2) Trib. de Lyon, 9 juillet 1870, D. P. 71, 3, 34. Voy. cependant Amiens, 19 février 1840, S. 42, 2, 32.
(3) Trib. de Dreux, 20 juin 1877, D. P. 80, 2, 193 ; trib. de Versailles, 21 avril 1886 ; D. P. 89, 2, 277.

procès différents. Tel serait le cas où un époux demanderait, devant le tribunal qui a prononcé sa séparation de corps, la fixation de la part de son conjoint dans les dépenses du ménage et, devant un autre tribunal, une pension alimentaire (1).

L'exception de connexité suppose, à la différence de la litispendance, deux affaires distinctes et qui, sans être nécessairement liées entre les mêmes parties, présentent de tels rapports entre elles que si les deux tribunaux rendaient deux jugements en sens contraire, il n'y aurait sans doute pas opposition de chose jugée, mais il serait difficile ou peut-être même impossible de faire exécuter les deux sentences. La question de savoir s'il y a connexité est avant tout de fait et par cela même jugée souverainement par le tribunal ou par la Cour (2). Par exemple, il n'y a pas connexité entre la demande en séparation de corps et la demande en séparation de biens (3). Au contraire, l'action en nullité du rétablissement de la communauté entre deux époux séparés de corps et l'action en contestation d'état de leur enfant sont connexes, si elles ont pour but commun d'écarter cet enfant de la succession de son aïeul maternel (4). De même, l'action en validité d'une saisie-arrêt et l'action en revendication des objets saisis-arrêtés sont connexes, lorsqu'elles mettent l'une et l'autre en question le droit de propriété (5). Un des cas les plus fréquents de connexité résulte du principe que dans tout contrat synallagmatique chaque partie peut demander l'exécution du contrat ou sa résolution ; si chacun des contractants forme l'un la première et l'autre la seconde demande, il y a manifestement connexité.

Il peut se faire que la connexité existe entre deux affaires portées devant le même tribunal ; il y a aussi lieu dans ce cas à exception de connexité pour que les deux causes soient jointes, tandis que la litispendance suppose nécessairement deux tribunaux différents saisis de la même affaire.

A la différence de la litispendance qui implique nécessairement deux instances liées entre les mêmes parties, la connexité peut avoir lieu, quoiqu'il s'agisse de deux affaires engagés chacune entre deux parties différentes, pourvu qu'il existe entre elles un lien intime. Ainsi je puis être actionné par Primus, qui se dit être mon créancier unique, et l'être ensuite devant un autre tribunal par Secundus, qui se prétend créancier de la même dette ; la connexité est évidente, quoiqu'il y ait deux demandeurs différents. Aussi, dans ces circonstances, quand l'exception de connexité n'est pas proposée, les deux jugements sont exécutés, en tant du moins que cela est possible, même s'ils sont en sens contraire, précisément parce qu'il s'agit de deux affaires distinctes (6).

Nous avons jusqu'à présent fait connaître les règles propres à chacune

(1) Civ. cass., 5 juin 1832. D. P. 32, 2, 175 ; Nancy, 21 décembre 1872, S. 74, 2, 16 ; Douai, 26 décembre 1876, D. P. 78, 2, 46 ; civ. cass., 9 janvier 1878, D. P. 78, 1, 136 ; req., 2 décembre 1879, D. P. 80, 1, 363 ; Alger, 6 décembre 1893, D. P. 94, 2, 518.

(2) Req., 11 mars 1872, S. 72, 1, 384 ; civ. cass., 14 janvier 1890, D. P. 91, 2, 433.

(3) Paris, 30 janvier 1854, D. P. 54, 2, 327.

(4) Rouen, 14 mars 1877, D. P. 79, 2, 193.

(5) Poitiers, 26 janvier 1891, D. P. 92, 2, 300.

(6) Req., 11 mars 1872, S. 72, 1, 384.

des trois exceptions déclinatoires. Il faut étudier maintenant d'abord celles qui sont communes à la litispendance et à la connexité, puis celles qui sont plus générales encore et s'appliquent aux trois exceptions dilatoires.

Ainsi l'article 171 suppose toujours que la litispendance et la connexité existent devant deux tribunaux différents ; si elles se produisaient entre deux chambres d'un même tribunal, le président statuerait, sans frais, à la demande des avoués des parties, sur la litispendance ou la connexité et ordonnerait la jonction s'il y avait lieu (décret du 30 mars 1808, art. 63). Cette sorte de juridiction conférée au président en ces matières s'explique lorsqu'on lui a signalé l'exception au moment de la distribution de l'affaire : il a alors un pouvoir souverain d'appréciation, mais si l'incident est soulevé devant l'une des chambres déjà saisie, après distribution, c'est à la chambre saisie seule qu'il appartient de prononcer (1).

Pour éviter ces incidents qui, en matière de connexité notamment, sont le plus souvent causés par suite d'une erreur de détail lors de la distribution, les avoués demandent le renvoi à la distribution de l'affaire à la chambre déjà saisie, pour faire joindre les deux demandes.

Le déclinatoire pour connexité ou litispendance doit être proposé devant le tribunal saisi le second; devant le premier tribunal, l'affaire a été régulièrement entamée et l'erreur du demandeur n'a commencé que quand il s'est adressé au second tribunal ; en cas de litispendance, il aurait dû ne pas le saisir ; en cas de connexité, il aurait dû joindre la seconde cause à la première. Pour savoir quel est le tribunal qui a été saisi le premier, il faut consulter les dates des assignations, mais non celles des citations en conciliation ; c'est en effet l'exploit d'assignation qui ouvre l'instance (2).

Quand l'exception de connexité ou de litispendance est fondée, le tribunal dernier saisi est obligé de se dessaisir, car c'est devant lui que l'irrégularité a été commise ; le renvoi est obligatoire. Toutefois, par exception, et pour le cas seulement de connexité, le renvoi ne peut être ni demandé ni prononcé devant le second tribunal, lorsque le premier tribunal est incompétent d'une manière absolue pour connaître de l'affaire portée au second ; mais l'incompétence relative de ce premier tribunal n'étant pas d'ordre public ne ferait pas obstacle à ce que le second lui renvoyât l'affaire dont il avait été saisi. L'application la plus pratique de cette règle se présente en cas de connexité entre une affaire civile et une affaire commerciale : le tribunal civil, quoique saisi le second, ne peut pas renvoyer le procès civil au tribunal de commerce, parce que celui-ci est incompétent d'une manière absolue pour les affaires commerciales (3). Mais rien ne s'oppose à ce que le tribunal de commerce renvoie devant le tribunal civil, précisément parce que celui-ci n'est incompétent que d'une manière relative pour juger les affaires commerciales. Aussi, pour ce cas particulier de connexité entre une affaire civile et une affaire commerciale, écarte-t-on la règle ordinaire suivant laquelle le tribunal saisi le second doit renvoyer au premier et on décide que le renvoi doit toujours être demandé au tribunal de commerce,

(1) Civ. rej., 1er juillet 1835, S. 35, 1, 820.
(2) Douai, 22 février 1869, D. P. 69, 2, 107 ; Gand, 13 janvier 1894, D. P. 95, 2, 362.
(3) Pau, 4 mars 1873, D. P. 75, 2, 221.

même s'il a été saisi le premier, parce que le tribunal civil ne pourrait pas le prononcer au profit du tribunal de commerce. D'ailleurs, la règle suivant laquelle le tribunal saisi le second doit renvoyer au premier, n'est pas interprétée rigoureusement dans la pratique, et on laisse assez volontiers, dans ce cas, un certain pouvoir discrétionnaire aux plaideurs comme aux tribunaux. Ainsi, on autorise le défendeur à proposer l'exception de litispendance ou de connexité devant le tribunal saisi le premier, si la procédure est plus avancée devant le second tribunal ou si la première affaire, en cas de connexité, n'est qu'un accessoire de la seconde (1).

On admet sans difficulté que les deux exceptions de litispendance ou de connexité ne touchent pas à l'ordre public; elles sont d'intérêt privé et plus particulièrement en faveur du défendeur. Lui seul peut donc s'en prévaloir à l'exclusion du demandeur ; le ministère public et le tribunal ne peuvent pas les proposer d'office. On en a aussi souvent conclu qu'elles doivent être proposées, comme l'exception d'incompétence relative, au début de l'affaire, avant l'exception de nullité de l'ajournement et à plus forte raison avant les conclusions au fond (2). Cette solution est consacrée par la loi elle-même, pour les matières commerciales (art. 424 C. pr.). Mais l'article 171 du Code de procédure ne contient aucune disposition analogue. Or on sait que le titre consacré à la procédure commerciale a pour objet de faire connaître les règles propres à cette procédure, de sorte qu'il est permis d'en conclure que le droit commun est en sens contraire. Dès lors, on doit décider que les exceptions de litispendance et de connexité, quoiqu'elles ne touchent pas à l'ordre public, peuvent être proposées en tout état de cause par le défendeur (3). Cette solution paraît d'autant plus fondée que la loi n'a, en matière civile et d'exception de renvoi, parlé de l'obligation de proposer ce moyen au début du procès que pour l'incompétence relative. Cette différence entre l'exception d'incompétence relative et les deux autres s'explique facilement : il dépend du défendeur de faire cesser l'incompétence relative en acceptant la juridiction saisie, tandis qu'il ne peut pas faire disparaître la litispendance ni la connexité, lesquelles résultent de faits qui se perpétuent tant que l'exception n'est pas proposée et admise (4).

Lorsque l'exception de litispendance, ou celle de connexité, n'est pas invoquée, il se produit des effets différents dans l'un et l'autre cas. S'il s'agit de litispendance, les deux instances suivent parallèlement leur cours, mais dès qu'un des deux tribunaux a statué, chaque partie peut empêcher l'autre de continuer l'instance devant le tribunal encore saisi en opposant la chose jugée ; en cas de connexité, ce moyen fait défaut, puisqu'il s'agit de deux affaires distinctes et lorsqu'un des deux tribunaux a statué, comme un seul tribunal reste saisi, il ne peut plus être question de connexité entre

(1) Req., 18 juillet 1859, D. P. 59, 1, 394; req., 6 décembre 1875, D. P. 77, 1, 178.
(2) Alger, 6 décembre 1893, D. P. 94, 2, 518.
(3) *Contra* civ. cass., 28 juillet 1897, S. 98, 1, 40.
(4) Mais bien que la litispendance et la connexité puissent être proposées en tout état de cause devant les juges saisis, on ne doit point aller plus loin et ajouter qu'il est permis de les faire valoir pour la première fois en cause d'appel, car l'ordre public n'est pas intéressé. Alger, 6 décembre 1893, D. P. 94, 2, 518.

deux instances et l'affaire, qui reste seule pendante, suit nécessairement son cours.

Une autre question beaucoup plus délicate est celle de savoir si l'exception de litispendance ou de connexité peut être proposée lorsque les deux instances sont pendantes devant deux tribunaux appartenant à des degrés différents. Il y a arrêts dans les deux sens (1). Il ne semble pas toutefois qu'on ait suffisamment examiné cette question assez complexe; plusieurs hypothèses doivent être distinguées. En cas de litispendance, si un plaideur recommence le procès en première instance, quoique l'affaire soit pendante en cause d'appel, il y a lieu, devant le tribunal du premier degré, d'opposer la chose jugée; l'appel, en effet, suspend bien l'exécution du jugement, mais ne lui retire pas l'autorité de chose jugée qu'il a eue dès le moment même où il a été rendu. En cas de connexité, si l'une des affaires est pendante en première instance et l'autre en cause d'appel, il est impossible de réunir les deux affaires; si l'on renvoyait la cause pendante en appel devant les juges de première instance il y aurait manifestement incompétence absolue et il en serait de même dans le cas inverse, si l'on admet que les tribunaux d'appel sont frappés de la même incompétence pour les affaires qui n'ont pas subi le premier degré de juridiction. Ceux qui repoussent cette solution reconnaissent cependant que le tribunal du second degré est tout au moins incompétent d'une manière relative et qu'une partie ne peut pas, sans son consentement, être privée du premier degré de juridiction. La réunion des deux affaires devant le tribunal du second degré ne pourrait se faire que du consentement des deux plaideurs, ce qui exclut l'exception de connexité. On peut, il est vrai, proposer un troisième cas, où deux tribunaux, quoique de degrés différents, seraient compétents pour connaître de la même affaire ou de deux affaires connexes. Mais il est difficile, pour ne pas dire impossible, de trouver l'application de ce troisième cas à des hypothèses qui ne donnent pas lieu à controverse au point de vue de la compétence. Certains jurisconsultes admettent, il est vrai, qu'en cas de contestation entre patron et ouvrier, celui-ci peut assigner son patron à son choix devant le conseil de prud'hommes ou même devant le tribunal de commerce, sous prétexte que le patron a fait un acte commercial. Si l'on admet cette solution, il pourra alors se produire, en effet, une litispendance ou une connexité entre deux tribunaux de degrés différents et il y aura lieu aux exceptions. Mais on peut soutenir aussi que le tribunal de commerce est incompétent d'une manière absolue pour connaître directement d'une affaire attribuée par la loi au conseil de prud'hommes.

Nous arrivons maintenant aux règles communes aux trois exceptions déclinatoires (art. 172 C. pr.).

En premier lieu, toute exception déclinatoire doit, aux termes de l'article 172 du Code de procédure, être instruite sommairement, c'est-à-dire rapidement. La loi n'a pas voulu introduire la procédure sommaire pour ces incidents. On emploiera donc la procédure ordinaire, et ce qui le prouve,

(1) Voy., dans le sens de la négative, req., 4 août 1875, S. 75, 1, 456; civ. cass., 9 janvier 1878, S. 80, 1, 160. Voy., en sens contraire, Besançon, 26 octobre 1894, D. P. 95, 2, 164.

c'est que l'article 75 du tarif civil autorise chaque partie à rédiger une requête, pourvu qu'elle ne dépasse pas six rôles. C'est donc bien d'une procédure ordinaire qu'il s'agit ici ; mais elle doit être menée rapidement pour ne pas retarder trop longtemps le jugement de l'affaire (1).

En second lieu, les exceptions déclinatoires doivent être instruites et jugées séparément ; elles ne peuvent être réservées, ni jointes au principal. Ainsi, le tribunal statue d'abord sur le déclinatoire ; à quoi bon, en effet, faire les frais de l'instruction du fond, si le déclinatoire doit être admis ? Il n'en est autrement qu'en matière commerciale (art. 425 C. pr.), à cause de la célérité que requièrent les affaires de cette nature. On a aussi jugé que le tribunal peut statuer à la fois sur le déclinatoire et sur le fond (ce qui implique qu'il rejette le déclinatoire), si la partie a conclu sur les deux à la fois, c'est-à-dire principalement sur le déclinatoire et subsidiairement sur le fond, pour le cas où le déclinatoire serait repoussé (2). Mais cette solution est fort contestable, d'autant plus que notre règle semble bien fondée sur des raisons d'ordre public. Aussi vaut-il mieux décider que tout jugement statuant à la fois sur le déclinatoire et sur le fond est entaché d'une nullité absolue (3) ; il est bien entendu que le tribunal a le droit, sans statuer sur le fond, de le consulter, précisément pour savoir si l'exception est bien ou mal fondée (4).

En troisième lieu, tout jugement statuant sur une exception déclinatoire est toujours susceptible d'appel, même si, quant au fond, l'affaire est de la compétence en premier et dernier ressort du tribunal (art. 454 C. pr.). C'est une dérogation remarquable au droit commun, suivant lequel les jugements des incidents ont, quant à l'appel, la même nature que le jugement sur le fond. Cette dérogation s'explique par la gravité de ces incidents, dans lesquels est soulevée la question de savoir si un plaideur n'est pas distrait de ses juges véritables.

On verra que lorsqu'un jugement est susceptible d'appel, il ne peut pas être exécuté pendant la huitaine qui suit sa prononciation, ni s'il est attaqué par la voie de l'appel. Or ici l'exécution du jugement consisterait, toutes les fois que l'exception serait repoussée, à commencer l'instruction du fond. Cette instruction ne doit donc pas être entamée, tant qu'on se trouve dans la huitaine du jugement, ni si appel est interjeté du jugement qui repousse l'exception dilatoire. C'est encore là une raison pour défendre au juge de statuer à la fois sur l'exception et sur le fond, même en supposant qu'il repousse cette exception. Mais cette raison disparaît lorsqu'on se trouve en cour d'appel ; les arrêts n'étant jamais susceptibles d'appel peuvent toujours être immédiatement exécutés et on en conclut assez volontiers, en doctrine et en jurisprudence, que cette raison de séparer l'exception du fond n'existant plus, rien ne s'oppose à ce que la Cour statue à la fois, par un seul et même

(1) *Contra* civ. cass., 25 juin 1866, S. 66, 1, 421 et la note.
(2) Toulouse, 5 juin 1876, S. 77, 2, 77 ; req., 19 juin 1888, S. 88, 1, 209.
(3) Civ. cass., 27 novembre 1872, S. 72, 1, 432; Nancy, 17 mai 1873, S. 73, 2, 261 ; Grenoble, 27 mars 1895, D. P. 96, 2, 329 ; *contra* req. 19 juin 1888, D. P. 88, 1, 449. Cpr. civ. rej., 3 avril 1895, D. P. 95, 1, 151.
(4) Req., 9 mai 1883, D. P. 84, 1, 358.

arrêt, sur le déclinatoire et sur le fond, ce qui suppose bien entendu, qu'elle repousse l'exception déclinatoire (1). Cette solution est toutefois très contestée à cause du caractère tout à fait général de la règle de l'article 172 du Code de procédure, à laquelle il n'est pas dérogé au titre de l'appel. Dans tous les cas, elle suppose que l'appelant ne s'est pas borné à proposer le déclinatoire et qu'il a en outre conclu au fond ou, tout au moins, été mis en demeure de le faire. Il ne suffirait pas que son adversaire, l'intimé, ait conclu à toutes fins ; l'appel n'est en effet dévolutif que dans la mesure où il est interjeté (2).

En quatrième lieu, toutes les exceptions déclinatoires doivent être communiquées au ministère public (art. 83 C. pr.).

En cinquième lieu, le défendeur, en concluant à l'exception, doit avoir soin de demander la condamnation de son adversaire aux dépens, et le tribunal a le droit de la prononcer, quoiqu'il se dessaisisse de l'affaire, parce que tout tribunal est compétent pour statuer sur les frais faits devant lui. Si le défendeur oubliait de provoquer cette condamnation, le tribunal auquel l'affaire serait renvoyée ne pourrait pas statuer sur ces dépens faits devant les premiers juges, à moins qu'il ne les accordât à titre de dommages-intérêts.

En sixième lieu, tout jugement statuant sur une exception déclinatoire est soumis, quant à sa signification, au droit commun, qu'il s'agisse de l'exécuter ou de faire courir le délai d'appel.

En dernier lieu, les effets du jugement sur l'exception déclinatoire sont différents, suivant que ce jugement admet ou rejette l'exception. Dans le premier cas, le tribunal se dessaisit de l'affaire, mais sans renvoyer, comme on l'a déjà dit, au tribunal qu'il croit compétent. Dans le second cas, l'exception étant repoussée, le défendeur peut avoir le choix entre trois partis : interjeter appel, car tout jugement qui statue sur une exception déclinatoire est toujours susceptible de cette voie de recours, même si le jugement à intervenir sur le fond ne la comporte pas; saisir le tribunal qu'il croit compétent, en supposant que la matière le comporte, et ensuite, comme il y aura conflit entre deux tribunaux, se pourvoir en règlement de juges devant leur supérieur hiérarchique commun (art. 363 C. pr.); enfin, se pourvoir directement en règlement de juges ou plus exactement en indication de juge devant la Cour de cassation, et sans saisir au préalable le tribunal qu'on croit compétent (ord. d'août 1737, tit. II, art. 19 et 20).

Rappelons en terminant qu'il résulte de l'ensemble des explications précédentes que, des différentes exceptions déclinatoires, celle d'incompétence absolue est la seule qui puisse être proposée par toutes les parties et en tout état de cause; les exceptions de litispendance et de connexité peuvent aussi être soulevées en tout état de cause, mais seulement par le défendeur; enfin, l'exception d'incompétence relative n'appartient qu'au défendeur et doit être proposée avant l'exception de nullité de l'ajournement.

(1) Req., 30 décembre 1884, S. 86, 1, 209; civ. cass., 7 avril 1886, S. 86, 1, 244.

(2) La chambre des requêtes et la chambre civile de la Cour de cassation sont en désaccord sur cette question. Voy. les deux arrêtés précités et les notes qui s'y trouvent.

### § 79. — Des exceptions de nullité (art. 173 C. pr.).

L'exception de nullité est celle par laquelle une partie prétend qu'un acte de procédure fait par l'huissier ou l'avoué de l'adversaire n'est pas valable en la forme. C'est ce qui résulte de l'article 173 du Code de procédure, où la loi emploie le mot « exploit » pour désigner les actes faits par les huissiers, et les mots « acte de procédure » pour désigner les actes des avoués.

Quand y a-t-il nullité d'exploit ou d'un acte de procédure pour vice de forme? C'est ce que nous avons vu en expliquant les articles 1029 et 1030 du Code de procédure, à propos des principes généraux relatifs aux lois de procédure. L'acte est toujours nul si l'officier ministériel a omis une formalité substantielle, lors même que la loi ne prononcerait pas formellement cette nullité; mais, lorsqu'il s'agit d'une formalité accessoire, son omission n'entraîne nullité qu'autant que celle-ci est écrite dans la loi.

On voit, par ce qui vient d'être dit, qu'un vice de forme pouvant se trouver dans tout acte de procédure de l'une ou de l'autre partie, l'exception de nullité peut, par cela même, être soulevée aussi bien par le demandeur contre un acte du défendeur, que par le défendeur contre un acte du demandeur.

Les nullités les plus fréquentes se rencontrent dans l'acte d'ajournement, et c'est à cet acte qu'a principalement songé l'article 173 du Code de procédure, lorsqu'il s'est occupé de l'époque à laquelle la nullité doit être demandée. Quand une personne reçoit une assignation nulle, par exemple parce qu'elle ne contient pas toutes les mentions prescrites à peine de nullité par l'article 61 du Code de procédure, elle doit nécessairement commencer par constituer avoué, et ensuite demander la nullité de l'ajournement avant de plaider sur le fond ou même de proposer les exceptions dilatoires.

La nullité peut consister dans une omission, et les omissions peuvent elles-mêmes être de diverses natures. Pas de difficulté si l'omission porte sur les moyens de la demande; en pareil cas, le défendeur, en comparaissant devant le tribunal, demandera la nullité en disant qu'il ne peut pas combattre une demande non précisée. Mais qu'on suppose une omission portant sur la désignation du défendeur ou sur l'indication de la personne à laquelle l'exploit a été remis, ou bien encore que la désignation du tribunal soit fausse. Dans tous ces cas et autres analogues où il s'agit d'une indication telle que son omission peut faire croire, soit que l'exploit n'est pas parvenu au défendeur, soit au moins que le défendeur est dans l'incertitude sur le point de savoir s'il doit ou non comparaître, ne peut-on pas prétendre que la comparution du défendeur prouve qu'il n'a pas été induit en erreur? C'est ainsi qu'on raisonnait avant l'ordonnance de 1667, et on en concluait que la comparution du défendeur couvrait les nullités de cette nature. Mais l'ordonnance de 1667 a permis de demander la nullité, même dans ces circonstances, et cette innovation a été de nouveau consacrée par le Code de procédure qui supprime toute distinction entre les divers vices de forme

de l'ajournement. Cette solution est, en effet, facile à justifier. Qu'aurait fait le défendeur, si l'on avait admis que sa comparution couvrait dans certains cas la nullité? Comme avant l'ordonnance de 1667, le défendeur se serait abstenu de comparaître, il aurait laissé poursuivre la procédure, prononcer jugement par défaut, et n'aurait demandé la nullité qu'après la signification de ce jugement; en un mot, il aurait laissé le demandeur perdre son temps et faire des frais absolument inutiles. On évite tous ces dangers de la chicane avec le système du code. D'ailleurs, aujourd'hui, on ne conseille plus au client de demander une nullité pour vice de forme qu'autant qu'il y a véritablement intérêt; tel serait le cas où, par suite de la nullité de l'ajournement, la prescription n'ayant pas été interrompue se trouverait maintenant accomplie au profit du défendeur. Mais, dans nombre de cas, une partie n'a d'autre but, en proposant une nullité de procédure, que de retarder le jugement et d'augmenter les frais. Aussi, en fait, les avoués n'invoquent plus ces exceptions de nullité qu'autant qu'elles peuvent profiter à leurs clients. On les supprime d'autant plus volontiers, lorsqu'elles ne sont qu'un moyen de chicane, qu'elles rejaillissent sur un confrère, lequel supporte, en définitive, les frais de l'acte nul. Quand le client veut demander une nullité de ce genre, l'avoué ne peut pas l'en empêcher, mais il ne soulèvera jamais de lui-même ce moyen, car il serait considéré comme un mauvais confrère.

L'article 173 du Code de procédure dit que l'exception de nullité doit être opposée au début de l'instance, avant toute défense ou exception autre que l'exception d'incompétence relative. La nullité serait donc couverte si le défendeur posait des conclusions de défense au fond (1), ou bien encore s'il opposait une exception de communication de pièces relatives au fond (2), ou encore s'il invoquait une exception dilatoire. A plus forte raison ne peut-on pas opposer l'exception de nullité pour la première fois en cause d'appel. Mais dès qu'un préliminaire quelconque n'est pas en désaccord absolu avec l'intention de proposer la nullité, on ne présume pas la renonciation à invoquer cette nullité. Constituer avoué (3), demander la mise au rôle, poursuivre l'audience, réclamer une remise de la cause, demander communication de pièces relatives à la nullité et notamment de la pièce elle-même où se trouve cette nullité (4), tout cela ne couvre pas l'exception, puisque, bien au contraire, ces actes sont nécessaires pour permettre de la faire valoir. Le défendeur ne renonce pas non plus à la nullité en laissant rendre jugement par défaut profit joint contre les défendeurs qui n'ont pas comparu. De même, celui qui oppose exception d'incompétence relative conserve le droit d'invoquer ensuite la nullité de l'ajournement; il ne fait en effet que suivre

(1) Toulouse, 4 août 1881; D. P. 82, 2, 94; Aix, 25 mars 1877, D. P. 78, 2, 111; civ. cass., 21 juillet 1884, D. P. 85, 1, 167; civ. rej., 21 janvier 1884, D. P. 84, 5, 242; Nancy, 16 mai 1896, D. P. 96, 2, 411; civ. rej., 4 février 1889, D. P. 89, 1, 250; Bordeaux, 22 mai 1889, D. P. 89, 2, 284.

(2) Civ. cass., 23 mai 1881, S. 83, 1, 128; req., 24 novembre 1885, S. 85, 1, 106; req., 11 janvier 1892, D. P. 93, 1, 65; Grenoble, 28 juin 1892, D. P. 93, 2, 343; trib. de Saint-Malo, 30 janvier 1897, D. P. 1900, 1, 321.

(3) Besançon, 23 février 1880, D. P. 80, 2, 225.

(4) Lyon, 5 mai 1882, D. P. 83, 2, 88; Pau, 19 juin 1900, S. 1900, 2, 247.

l'ordre indiqué par la loi (1). On doit donner la même solution pour le cas où il oppose l'incompétence absolue, s'il a soin de la faire valoir, quoiqu'il n'y soit pas obligé, avant de proposer l'exception de garantie ou de se défendre au fond (2).

Dans tout ce qui précède, on a supposé, avec le texte même de l'article 172 du Code de procédure, qu'il s'agissait d'un vice de forme contenu dans l'ajournement. Mais à quel moment proposer l'exception de nullité lorsque l'acte entaché de ce vice n'a été passé qu'au cours de l'instruction? Remarquons qu'ici l'exception de nullité peut être invoquée par le demandeur contre un acte du défendeur, et que, quelle soit la partie qui propose la nullité, on ne saurait l'obliger à la faire valoir au début de l'affaire, puisqu'à ce moment l'acte n'existe pas encore. Pour tous ces actes de procédure autres que l'ajournement, le bon sens à défaut de la loi indique les règles à observer : d'une part, il faut faire valoir ces nullités dès qu'on les connaît, et elles sont couvertes par tout acte de la partie impliquant acceptation de l'acte irrégulier fait par son adversaire ; d'autre part, et dans le doute, on ne présume pas la renonciation. Ainsi, des conclusions ont été posées sur un mode d'instruction (vérification d'écritures, enquête, rapport d'expert) et des nullités ont été commises dans une de ces procédures préparatoires : il est évident qu'en pareil cas la nullité ne peut pas être demandée *in limine litis* puisqu'à ce moment les actes entachés de nullité n'existaient pas encore. La nullité pourra être demandée tant qu'il n'y aura pas d'acte duquel il résulte que la partie au profit de laquelle existe la nullité entend renoncer à cette nullité ; par exemple, une nullité ayant été commise par une partie dans une vérification d'écritures ou dans une expertise, l'autre partie couvrira cette nullité en plaidant sur les résultats de cette mesure d'instruction. Si la partie n'a fait aucun acte impliquant renonciation au droit d'invoquer la nullité, alors ce droit s'éteint nécessairement avec l'instance et l'exception ne peut pas être proposée pour la première fois en cause d'appel (3).

Dans la pratique, on plaide assez souvent au fond, en réservant les moyens de nullité. On insère à cet effet une clause de réserve de tous les moyens. Cette habitude présente de graves inconvénients, car la partie qui a le droit d'invoquer la nullité se met alors dans la situation suivante : si elle gagne, elle respecte le jugement ; si elle perd, elle emploie un des moyens proposés pour l'attaquer. L'adversaire est ainsi obligé de poursuivre la procédure sans être sûr du terrain sur lequel il marche. Aussi la jurisprudence a-t-elle restreint l'application de cette pratique au moyen d'une distinction fort judicieuse : celui qui plaide au fond s'est-il contenté des réserves tout à fait générales, de tous moyens de nullité, néanmoins les exceptions de l'article 173 sont couvertes ; celui qui veut se réserver un moyen de nullité de ce genre doit le faire par des conclusions spéciales et formelles, mais alors, en outre, l'adversaire peut exiger qu'on statue tout de suite sur la nullité avant de poursuivre le fond de la procédure.

(1) L'exception de nullité d'exploit introductif d'instance ne pouvant être proposée qu'après celle d'incompétence relative, le juge d'appel saisi de la première doit surseoir à statuer jusqu'au jugement sur l'incompétence. Req., 9 mai 1883, D. P. 84, 1, 358.

(2) Voy. cependant Grenoble, 6 avril 1881, D. P. 82, 2, 17.

(3) Lyon, 3 décembre 1885, D. P. 86, 2, 219.

Le droit reconnu à chaque partie d'invoquer les nullités de forme commises par son adversaire appartient aussi à ses créanciers, par application de l'article 1166 du Code civil. Mais jamais une partie ne peut se prévaloir de ses propres nullités. Le ministère public et le tribunal n'ont pas non plus le droit de les soulever d'office, car elles sont en général de pur intérêt privé.

Cependant certaines nullités de forme tiennent à des lois d'ordre public. Telle est la nullité d'une mesure d'instruction à raison de l'incapacité du juge qui y a procédé ou encore, dans une doctrine aujourd'hui abandonnée, la nullité résultant du défaut de tentative de conciliation (1). Dans ces circonstances, on applique le même système que pour le cas d'incompétence absolue : la nullité peut être invoquée par les deux parties en tout état de cause et elle doit même, à défaut des parties, être soulevée d'office par le ministère public ou par le tribunal. On a soutenu que le tribunal peut se saisir aussi d'office des nullités, cependant de pur intérêt privé, commises par le demandeur, toutes les fois que le défendeur fait défaut, sous prétexte que les conclusions du demandeur ne doivent lui être adjugées que si elles sont justes et bien vérifiées, aux termes de l'article 150 du Code de procédure. Mais cette formule de l'article 150 vise le fond même des conclusions et n'a aucun rapport avec notre question. Il est d'autant plus naturel de s'en tenir au droit commun et de refuser au tribunal le droit de soulever d'office des nullités de forme et d'intérêt privé, que le défendeur a le droit de les faire valoir en attaquant le jugement par la voie de l'opposition ; par cela même qu'il a fait défaut, il ne les a pas couvertes.

L'exception de nullité se juge dans les formes de la procédure ordinaire ; la loi admet une requête de la part de chaque partie, à la condition qu'elle ne dépasse pas six rôles (art. 75 du tarif civil) ; d'ailleurs les écritures sont ici, comme toujours, facultatives. Dans les affaires sommaires, la nullité est proposée par un simple acte d'avoué à avoué ou par des conclusions verbales prises à l'audience.

La loi n'impose pas, comme en matière d'exception déclinatoire, l'obligation de juger séparément l'exception de nullité. Le tribunal peut donc, s'il le veut, ne rendre qu'un seul jugement, à la fois sur la nullité et sur le fond, mais cela suppose bien entendu que la nullité est repoussée, car, si elle était admise, le tribunal devrait s'abstenir de statuer sur le fond.

La loi ne dit pas non plus, comme elle l'a fait pour les exceptions déclinatoires (art. 454 C. pr.) que le jugement sur l'incident sera toujours susceptible d'appel. On devra donc décider en sens contraire, et suivant le droit commun, qu'il ne pourra être attaqué par la voie de l'appel qu'autant que le jugement à intervenir sur le fond comportera cette voie de recours.

L'article 173 du Code de procédure est étranger aux nullités de forme du droit civil. Ce sont là, non plus des exceptions, mais des moyens de fond qui peuvent être proposés en tout état de cause ; tel serait le cas où l'on demanderait la nullité d'une donation, d'une constitution d'hypothèque ou

(1) Il est aujourd'hui admis que cette nullité n'est plus d'ordre public. Req., 15 février 1869, D. P. 72, 1, 69 ; Nancy, 30 mai 1885, D. P. 86, 2, 11.

de tout autre contrat solennel, pour inobservation d'une forme prescrite par le Code civil.

Cet article 173 est également étranger au cas de défaut de qualité de l'une des parties; l'autre peut s'en prévaloir en tout état de cause.

Mais il s'applique à toutes les procédures et, par cela même, aux voies d'exécution.

### § 80. — Des exceptions dilatoires (art. 174 à 188 C. pr.).

On appelle exceptions dilatoires celles qui consistent, de la part d'une partie, ordinairement du défendeur, à demander un délai pour prendre un parti ou pour appeler quelqu'un en cause. Le Code de procédure parle de deux exceptions dilatoires: la première est celle qui est tirée du droit reconnu à la femme commune en biens, à la dissolution de la communauté, et à l'habile à succéder, à l'ouverture de la succession, de faire inventaire et délibérer (art. 174 C. pr.); la seconde est accordée au garanti pour lui donner le temps d'appeler son garant en cause (art. 175 à 186 C. pr.). Il y a cependant une troisième exception dilatoire, celle de l'article 1225 du Code civil.

On se rappelle que dans notre ancien droit le nombre des exceptions dilatoires était beaucoup plus élevé, parce qu'on avait alors compris parmi ces exceptions un certain nombre de prétentions qui sont aujourd'hui considérées comme des défenses.

L'exception tirée du droit de faire inventaire et de délibérer est d'abord accordée à l'habile à succéder. Dans notre droit, les héritiers légitimes sont de plein droit saisis de la succession, ce qui ne veut pas dire qu'ils soient héritiers même malgré eux. Bien au contraire, nous avons conservé la maxime de notre ancien droit coutumier: « Nul n'est héritier qui ne veut. » Tout héritier légitime a, en réalité, l'option entre trois partis, et il a même trente ans pour faire son choix (art. 789 C. civ.), à moins qu'il ne soit poursuivi, le plus souvent par les créanciers; dans ce dernier cas, il n'a plus que trois mois et quarante jours pour se décider, trois mois pour faire inventaire, quarante jours pour délibérer. Mais, si le délai de trois mois pour faire inventaire est insuffisant, il peut être augmenté par la justice; le délai de quarante jours pour délibérer ne comporte pas d'augmentation (art. 174 C. pr.). Enfin le délai de trois mois, qui est suivi de celui de quarante jours, commence à courir du jour de l'ouverture de la succession. Si, au cours de l'un ou de l'autre de ces délais, l'habile à succéder est actionné en qualité d'héritier, il a le droit de répondre qu'il ne sait pas encore s'il sera héritier et d'obliger le demandeur à attendre, tant qu'il n'a pas pris parti et que les délais de trois mois et quarante jours ne sont pas expirés; cette prétention, c'est l'exception dilatoire. Pour que l'habile à succéder puisse s'en prévaloir, il faut donc en premier lieu qu'il n'ait pas fait son choix. Dès qu'il y a de sa part acceptation pure et simple, expresse ou tacite, ou acceptation bénéficiaire ou renonciation (laquelle est toujours expresse comme l'acceptation bénéficiaire), l'exception dilatoire n'est plus possible, même dans le cas où les trois mois et quarante jours ne seraient pas expirés. Il ne peut plus être question pour l'héritier d'opposer l'exception dilatoire, c'est-à-dire de

demander un délai à l'effet de prendre parti, par cela même qu'il a déjà fait son option. Si l'héritier a accepté, il peut être tout de suite actionné, et il est tenu sur son propre patrimoine ou seulement sur celui du défunt, selon qu'il a accepté purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire. S'il a renoncé, l'action ne peut plus être dirigée contre lui, mais la demande en justice à laquelle il a opposé l'exception dilatoire n'en a pas moins produit ses autres effets ordinaires, et notamment elle a interrompu la prescription et fait courir les intérêts moratoires. D'une manière plus générale, les créanciers peuvent donc, comme on le voit, avoir intérêt à agir dans les trois mois et quarante jours, au risque de se voir opposer l'exception dilatoire, parce que l'ajournement n'en produit pas moins à leur profit d'importants effets (1).

Lorsque l'héritier a laissé passer les délais de trois mois et quarante jours sans prendre parti, il n'est pas déchu du droit de faire son choix et peut même, s'il n'est actionné par personne, le faire pendant trente ans (2). Seulement, lorsqu'il est actionné, il n'a plus le droit d'opposer l'exception dilatoire et doit tout de suite déclarer s'il accepte ou renonce. Il peut arriver qu'il soit condamné à la suite de cette action comme héritier pur et simple, et alors se présente la question célèbre de savoir si par l'effet de ce jugement l'habile à succéder est déchu d'une manière absolue et vis-à-vis de tous du droit d'accepter sous bénéfice d'inventaire, ou s'il n'est privé de ce droit qu'au profit de celui qui a obtenu le jugement contre lui. Sans entrer dans l'examen de cette controverse, soulevée par les textes à peu près identiques de l'article 800 du Code civil et de l'article 174 du Code de procédure, nous dirons qu'à notre avis ces articles n'ont pas entendu déroger aux effets ordinaires et purement relatifs de la chose jugée. L'habile à succéder conserve donc, vis-à-vis de ceux qui n'ont été ni parties ni représentés au procès, le droit d'accepter sous bénéfice d'inventaire. Telle est aussi la solution que préfère la jurisprudence (3).

L'habile à succéder ne peut invoquer le bénéfice de l'exception dilatoire contre les créanciers ou légataires de la succession, ou contre ses cohéritiers, qu'autant qu'ils forment des demandes qui l'obligeraient à prendre parti: par exemple, si les créanciers réclament leur paiement, si les légataires demandent leurs legs, si les cohéritiers exigent le rapport ou le partage. Il en est autrement, lorsque la demande concerne un acte d'administration qui n'oblige pas à opter et, par exemple, les créanciers et les légataires peuvent demander au tribunal que l'habile à succéder soit contraint à participer avec eux à l'inscription d'une hypothèque, à l'interruption d'une prescription contre un débiteur du défunt, à la nomination d'un administrateur provisoire.

Les successeurs universels ou à titre universel autres que les héritiers légitimes peuvent aussi invoquer l'exception dilatoire, toutes les fois qu'ils ont la saisine légale. Mais ceux qui n'ont pas cette saisine doivent demander

(1) Quant à la question de savoir qui supporte les frais de poursuite d'une demande formée dans les délais de trois mois et de quarante jours, voy. l'article 799 du Code civil.

(2) Au bout de ce temps quelle est sa situation ? L'article 790 Code civil qui répond à cette question a soulevé des controverses bien connues.

(3) Req., 30 avril 1884, D. P. 85, 1, 283. Voy. Aubry et Rau, 4e éd., t. VI, p. 403.

la délivrance et se faire envoyer en possession pour obtenir la saisine judiciaire. Dès lors, de deux choses l'une : ou ils ont fait cette demande et comme ils ont par cela même accepté, ils peuvent être actionnés ; ou ils n'ont pas réclamé la délivrance et alors il est impossible d'agir contre eux.

L'exception dilatoire, tirée du droit de faire inventaire pendant trois mois et de délibérer pendant quarante jours, appartient aussi à la femme commune en biens à la dissolution de la communauté (art. 174 C. pr.). A ce moment, la femme a le choix entre deux partis : accepter la communauté ou y renoncer. La loi ne lui donne pas, comme à l'héritier, la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire, mais elle pose en règle générale que la femme acceptante n'est jamais tenue des dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de son émolument ; seulement, dans cette mesure, elle en est tenue même sur son propre patrimoine.

Dans le plus ancien droit, la femme n'avait pas l'option entre l'acceptation et la renonciation : on appliquait le principe ordinaire des sociétés ; mais ensuite on remarqua que la situation de la femme n'était pas celle d'un associé ordinaire, par cela même que le mari était seigneur et maître de la communauté. C'est seulement au temps des croisades qu'on permit aux femmes nobles, dont les maris étaient morts dans ces expéditions lointaines, de renoncer à la communauté pour les dispenser d'acquitter les dettes énormes que ces expéditions avaient coûtées. Puis ce bénéfice se généralisa et fut accordé en toutes circonstances, et même aux roturières (1). D'après la coutume de Paris, la confection d'un inventaire était une condition indispensable à l'efficacité de la renonciation de la femme, mais la confection de cet inventaire n'était soumise à aucun délai spécial. Ailleurs, le délai variait souvent suivant les coutumes. L'ordonnance de 1667 a, la première, établi les délais de trois mois et quarante jours qui ont passé de là dans le Code civil et dans la procédure.

Les conditions de l'exception dilatoire accordées à la femme commune en biens sont les mêmes que celles imposées à l'habile à succéder : il faut, d'une part, que les délais de trois mois et quarante jours ne soient pas encore expirés et, d'autre part, que la femme n'ait pas fait son choix. Si elle a opté, elle peut ou ne peut pas être actionnée, et cela d'une manière définitive, quoiqu'on soit encore dans les trois mois et quarante jours, selon qu'elle a accepté ou renoncé. Après l'expiration des délais, la femme peut être actionnée, quoiqu'elle n'ait pas pris parti et parce qu'elle est, en principe, présumée acceptante tant qu'elle n'a pas renoncé ; sa renonciation doit en général être expresse. Par exception cependant, la femme est présumée renonçante tant qu'elle n'a pas accepté, dans le cas où la communauté a pris fin par la séparation de biens. L'article 1453 du Code civil n'établit, il est vrai, cette présomption de renonciation que pour le cas de séparation de corps à laquelle se joint nécessairement une séparation de biens accessoire ; mais on est d'accord pour étendre cette disposition par identité de motifs au cas de séparation de biens principale (2).

(1) Voy. art. 237 de la coutume de Paris.

(2) Voy. Aubry et Rau, 4e éd., t. V. p. 415. Il y a cependant une différence entre les deux cas. La séparation de biens accessoire à la séparation de corps suppose que la femme

L'acceptation devra, comme la renonciation dans le cas précédent, être expresse.

L'exception dilatoire de l'habile à succéder et de la femme commune en biens s'instruit dans les affaires ordinaires avec la procédure ordinaire : la loi admet une requête de la part de chaque partie, et ici aussi ces écritures sont purement facultatives (art. 75 du tarif civil). Le jugement qui statue sur l'admission ou le rejet de l'exception est un jugement définitif; il comporte les mêmes voies de recours que le jugement à intervenir sur le fond, et, par exemple, il n'est susceptible d'appel qu'autant que le jugement sur le fond sera rendu en premier ressort. La loi n'oblige pas le tribunal à statuer séparément sur l'exception; il peut donc rendre un seul jugement sur l'exception et sur le fond, ce qui implique évidemment qu'il repousse l'exception.

La seconde exception dilatoire est connue sous le nom d'exception de garantie. La garantie est l'obligation de protéger une personne à laquelle on a concédé une chose ou un droit, contre toute espèce de trouble, et de lui payer des dommages-intérêts si l'on n'y parvient pas. Cette obligation peut résulter d'un contrat ou de la loi. La loi impose l'obligation de garantie à quiconque transmet à titre onéreux la propriété ou un autre droit réel ou un droit de créance, en particulier au vendeur, à l'échangiste, au cédant d'une créance, au bailleur, à l'associé pour son lot, à celui qui transige, à celui qui fait une dation en paiement, au déléguant. Mais il est permis de déroger à la loi et d'écarter, en totalité ou en partie, l'obligation de garantie. En sens inverse, celui qui transmet à titre gratuit, donateur ou testateur, ne doit pas, d'après la loi, la garantie, à moins qu'il ne s'agisse d'une donation faite en faveur du mariage (art. 1440 et 1547 C. civ.); dans les autres cas, le donateur, comme le testateur, n'est garant qu'autant qu'il s'y oblige. Toutefois, il faut ajouter, et sans plus distinguer s'il s'agit d'actes à titre onéreux ou d'actes à titre gratuit, que toute personne est toujours garante de son propre fait (1). Dans l'intérêt de l'égalité des lots, garantie est aussi due entre les différents copartageants (art. 884 et suiv., 1476, 1872 C. civ.). Enfin lorsque deux ou plusieurs personnes sont tenues ensemble de la même dette et que l'une d'elles est poursuivie au delà de la part pour laquelle elle doit y contribuer, elle a pour garants ses codébiteurs; c'est ce qui se présente notamment en cas de dette solidaire ou indivisible et de cautionnement, soit entre le débiteur principal et la caution, soit pour les différentes cautions entre elles (art. 873, 875, 876, 1213, 1221, 2028 et suiv., 2033 C. civ.).

a quitté le domicile conjugal; le mari possède donc seul la communauté et la femme n'y peut prétendre qu'en faisant connaître son acceptation; il est dès lors naturel de présumer que son silence implique renonciation. Mais la situation n'est plus la même en cas de séparation de biens principale, précisément parce que les deux époux continuent à vivre ensemble. On pourrait donc, dans ce second cas, écarter à ce point de vue la présomption de renonciation ou, tout au moins, vaudrait-il mieux la fonder sur ce fait que la femme a provoqué la séparation de biens.

(1) Si le fait résulte d'un délit ou d'un quasi-délit, son auteur ne peut chercher à s'exonérer de la faute qu'il a commise en appelant lui-même en garantie. Civ. rej., 8 novembre 1886, D. P. 87, 1, 9; Aix, 6 janvier 1892, D. P. 93, 2, 414; Paris, 30 janvier 1895, D. P. 95, 2, 496.

Ici se place en matière de cautionnement une observation importante. Les mots garanti et garant s'appliquent en effet différemment, selon qu'on s'occupe du cautionnement au point de vue du droit civil ou sous le rapport de la procédure. Dans le premier cas, on dit que le débiteur est *garanti* par la caution au profit du créancier, en ce sens que la caution paiera en cas d'insolvabilité de ce débiteur. Au point de vue de la procédure, c'est au contraire le débiteur qui devient le garant et la caution qui prend le rôle de garanti, en ce sens que si elle a payé à la place du débiteur, elle a son recours contre celui-ci pour l'obliger à l'indemniser.

Celui qui a droit à garantie peut faire valoir ce droit de deux manières différentes : soit par voie d'action principale et introductive d'instance, soit par voie d'incident à la demande qui le menace d'éviction ; c'est ce qu'on exprime en disant précisément que la garantie est principale ou incidente.

La garantie principale suppose que le garanti a précédemment joué le rôle de défendeur à l'action qui le menaçait d'éviction, sans appeler le garant à son secours, et qu'il a succombé sur cette action ; c'est, par exemple, un acheteur contre lequel une revendication a été intentée et qui a été condamné à restituer le bien. Le garanti va alors entamer contre le garant un second procès pour le faire condamner à des dommages-intérêts. Dans ce cas donc, les deux actions, l'action en revendication et l'action en garantie, font chacune l'objet d'une instance principale. Mais cette première manière de procéder ne doit jamais être employée dans la pratique par le garanti, car elle présente pour lui de nombreux inconvénients. Elle est plus lente et plus coûteuse que la garantie incidente, par cela même qu'elle nécessite deux instances. Ce qui est plus grave encore, c'est que le garanti court le danger de succomber dans l'instance en garantie, après avoir été évincé dans la première instance ; ce fait se produira si le garant prouve contre lui qu'il s'est mal défendu au premier procès et qu'il aurait évité l'éviction s'il avait employé tel moyen de défense dont il ne s'est pas servi.

Le garanti évite ce danger en recourant à la garantie incidente, ainsi appelée parce que l'action en garantie va se joindre à l'action principale dans l'instance déjà engagée. Par exemple, l'acheteur actionné en revendication s'empresse d'appeler dans l'instance le vendeur, son garant, pour qu'il le protège contre tout danger d'éviction et, en même temps qu'il agit en garantie incidente contre son garant, il en prévient le demandeur principal, celui qui a intenté l'action en revendication, pour l'obliger à suspendre la procédure et à attendre l'arrivée du garanti (art. 179 C. pr.). C'est précisément l'objet de l'exception dilatoire de garantie. Celle-ci suppose donc nécessairement une garantie incidente dans laquelle le garanti joue tout au moins provisoirement deux rôles bien distincts. Il y a en effet dans l'instance qui réunit les deux causes, la demande principale tendant à l'éviction du garanti et la demande incidente tendant à sa protection, trois personnes engagées : le demandeur principal, par exemple le revendiquant, le garanti et le garant. Le premier joue le rôle de demandeur, comme son nom même l'indique, dans la cause principale ; le garanti est défendeur dans cette cause principale et demandeur dans l'action en garantie incidente ; enfin le garant, appelé dans l'instance par le garanti, joue le rôle de défendeur à la cause incidente.

Il existe d'importantes différences entre la garantie principale et la garantie incidente. La première est, sauf controverse cependant, soumise à la tentative de conciliation (1), tandis que la seconde y échappe, à raison même de son caractère incident (art. 49 C. pr.). La garantie principale est portée au tribunal du domicile du défendeur, c'est-à-dire du garant, tandis que la garantie incidente est de la compétence du tribunal devant lequel la demande principale est pendante (art. 54 C. pr.). En cas de garantie principale, il y a nécessairement deux instances successives, tandis que dans la garantie incidente les deux causes sont jointes et réunies en une seule instance. D'autres différences apparaîtront encore au cours de l'exposé de ces procédures.

Dans la garantie incidente, le droit du garanti se manifeste sous une double forme : contre le garant, sous la forme d'une action qui a pour objet de le mettre en cause ; contre le demandeur originaire, sous la forme d'une exception dilatoire que le garanti lui oppose pour laisser au garant le temps d'arriver en cause.

Le plus souvent, l'exception dilatoire de garantie est opposée par le défendeur principal au demandeur principal, par exemple par l'acheteur actionné en revendication par un tiers. La loi donne à ce défendeur un certain délai pour appeler garant en cause. Toutefois, la rédaction un peu obscure de l'article 175 du Code de procédure a donné lieu à deux interprétations. Les uns prétendent que le garanti a huit jours plus un jour par cinq myriamètres entre son domicile et celui du garant pour appeler celui-ci en cause, et l'ordonnance de 1667, tit. VIII, art. 2, paraît bien favoriser cette interprétation. Mais le texte de l'article 175 du Code de procédure semble avoir préféré une autre règle, d'après laquelle le garanti a pour appeler garant le même délai que pour comparaître. Dans ce délai de huit jours, augmenté d'un jour par cinq myriamètres entre son domicile et le lieu où siège le tribunal saisi de la demande principale, il doit donc à la fois constituer son avoué et assigner son garant. Il ne faut pas confondre avec ce délai donné au garanti pour appeler le garant, un autre délai, celui du garant pour comparaître, qui est de huit jours francs plus un jour par cinq myriamètres entre son domicile et le lieu où siège le tribunal.

Si plusieurs personnes doivent la garantie, par exemple les héritiers du vendeur, la loi n'établit qu'un seul délai pour toutes, qui est fixé d'après la distance du lieu de la demeure du garant le plus éloigné (art. 175 C. pr.). Il ne faut pas confondre avec ce cas de cogarantie celui de sous-garantie ; il peut arriver que le premier garant se retourne à son tour contre son propre garant et, par exemple, que le vendeur mis en cause y appelle son propre vendeur et ainsi de suite. Dans ce cas, chaque garant doit appeler son propre garant dans le délai qui lui est donné pour comparaître, et ainsi de suite successivement jusqu'au dernier sous-garant qui n'a pas droit à garantie (art. 176 C. pr.).

Si le défendeur originaire qui a droit à la garantie se trouve en même temps dans les délais pour faire inventaire et délibérer (si par exemple

(1) Voy. *Jur. gén.*, *Supplément*, v° *Conciliation*, n° 181.

c'est l'héritier de l'acheteur), alors le délai pour appeler garant ne commence que du jour où ceux pour faire inventaire et délibérer sont expirés (art. 177 C. pr.). En effet, l'habile à succéder, en appelant garant en cause, prendrait la qualité d'héritier; or il ne peut pas y être contraint tant qu'on se trouve dans les trois mois et quarante jours de l'ouverture de la succession.

L'article 178 du Code de procédure ajoute que les mineurs ont les mêmes délais que les personnes capables pour appeler garant en cause ; cet article ajoute qu'il en est de même dans les autres causes privilégiées. Ces dernières expressions, reproduites de l'ordonnance de 1667, sont aujourd'hui un véritable anachronisme et tout à fait vides de sens. Autrefois, les communautés religieuses, les hospices avaient dans certains cas des délais plus longs que les personnes privées, mais on les soumettait pour l'appel en garantie au délai du droit commun, et alors on comprend qu'il était nécessaire de le déclarer dans l'ordonnance de 1667; mais aujourd'hui que ces personnes ne sont plus privilégiées dans aucun cas, il était inutile de le dire, spécialement pour le cas de garantie.

Lorsque le garanti n'a pas appelé le garant dans le délai établi par la loi, il ne faudrait pas croire qu'il soit déchu du droit de faire venir son garant en cause. Il encourt sans doute une certaine déchéance, mais d'une toute autre nature : il n'a plus le droit d'opposer l'exception dilatoire au demandeur originaire pour l'obliger à suspendre la procédure jusqu'à l'arrivée du garant ; en d'autres termes, le garanti peut toujours appeler son garant, et en tout état de cause, mais lorsqu'il le fait après l'expiration des délais que la loi lui donne à cet effet, le demandeur originaire n'est plus obligé de tenir compte de l'exception dilatoire, tandis que si le garant avait été appelé dans le délai de la loi, les actes de procédure qu'il ferait et les jugements qu'il obtiendrait avant la comparution du garant seraient nuls par ce seul fait (1).

Pour que le défendeur puisse contraindre le demandeur principal à suspendre la procédure au moyen de l'exception dilatoire, il faut qu'il prouve à ce demandeur qu'il a appelé garant en cause. Le garanti justifie de l'appel du garant, immédiatement après avoir constitué avoué et par acte d'avoué à avoué (art. 179 C. pr.); c'est à partir de cette signification que le demandeur doit tout suspendre ; il lui est également interdit de prendre défaut faute de conclure contre le défendeur, à peine de nullité du jugement (art. 179 C. pr.). La loi dit même *aucun défaut* : cette formule est un emprunt malheureux fait à l'ordonnance de 1667. Autrefois elle était exacte, parce qu'il existait encore un défaut dit faute de présentation au greffe, mais celui-ci n'existe plus aujourd'hui.

L'exception dilatoire de garantie suppose nécessairement que le délai donné au garant pour comparaître expire après le délai donné au même effet au garanti. Mais il peut arriver, quoique le fait soit assez rare, que les deux délais expirent le même jour, ou même que le délai du garant pour comparaître arrive à échéance avant le même délai du garanti. Dans ces circonstances il n'y a plus lieu d'attendre le garant, puisque d'après le délai même

(1) Aucun de ces délais n'est prescrit à peine de nullité. Rouen, 14 avril 1853, D. P. 53, 2, 140; Agen, 27 mai 1873, D. P. 74, 5, 283.

de son assignation il doit comparaître en même temps que le garanti. Aussi ne peut-il plus être question d'exception dilatoire de garantie, opposée par le garanti au demandeur principal (art. 179 C. pr.). C'est ce qui se produira, par exemple, si le garanti et le garant sont tous deux domiciliés dans la même ville et si le garanti, le jour même où il reçoit son assignation, constitue avoué et appelle garant en cause. Tous deux ont le même délai pour comparaître avec le même point de départ et la même échéance, et il ne saurait plus être question d'exception dilatoire. Il peut aussi arriver que le délai donné au garanti pour comparaître s'augmente à raison des distances, et qu'il en soit autrement du délai du garant; il pourra très bien arriver, alors, que celui-ci expire avant celui-là.

Si nous laissons de côté ces faits exceptionnels et si nous supposons que le délai de la demande en garantie n'échoit qu'après celui de la demande originaire, au moyen de la déclaration indiquée par l'article 179, tout étant suspendu jusqu'à l'arrivée du garant, les délais donnés pour rédiger et signifier la requête en défense ne courent pas non plus. Toutefois, la loi n'obligeant pas le garanti à signifier au demandeur principal copie de la demande en garantie, il peut arriver que pendant un certain temps au moins le défendeur principal se permette de prétendre qu'il a agi en garantie alors qu'il ne l'a pas fait; c'est un moyen pour lui de gagner du temps. Il n'est pourtant pas possible d'obliger le garanti de justifier de l'existence de sa demande en garantie par la présentation de l'original de l'exploit d'ajournement qu'il a lancé contre le garant, car il n'a pas toujours le moyen de présenter cet original et, par exemple, si l'exploit a été signifié fort loin, cet acte n'a pas encore eu le temps de revenir au moment où le garanti notifie, par acte d'avoué à avoué, au demandeur principal qu'il a appelé garant en cause ; seulement, si plus tard le défendeur est convaincu de mensonge, le tribunal le condamnera à des dommages-intérêts.

Lorsque le garant fait défaut faute de comparaître, alors que le défendeur originaire a comparu, il n'y a pas lieu, quoiqu'on ait dit parfois le contraire, de rendre un jugement par défaut profit joint. On se fonde pour soutenir le contraire sur ce que les dispositions de la loi relatives à ce jugement sont d'ordre public, ce qui est vrai, mais c'est là un point étranger à la difficulté. On ne doit pas ici rendre un jugement par défaut profit joint, uniquement parce qu'on ne se trouve pas dans le cas où la loi impose ce jugement. Elle suppose en effet toujours deux ou plusieurs défendeurs à la même cause parmi lesquels les uns comparaissent et les autres font défaut faute de constituer avoué. Or, en matière de garantie, la situation est tout à fait différente : il y a deux causes, la demande principale et la demande en garantie, et non pas une seule ; pour chaque cause il n'existe qu'un défendeur (1).

D'ailleurs, le garant n'a pas le droit de se plaindre d'avoir été appelé après la huitaine d'ajournement de garantie et ne peut pas se fonder sur ce fait pour justifier son défaut. Cette circonstance retire au garanti le droit d'invoquer l'exception dilatoire contre le demandeur originaire, mais ne confère aucun droit au garant. Celui-ci aurait au contraire le droit de se

(1) Nancy, 18 mai 1872, D. P. 72, 2, 203 ; req., 13 novembre 1895, D. P. 96, 1, 8.

plaindre et d'opposer l'exception d'incompétence, s'il était appelé pour la première fois en cause d'appel et cela même dans le cas où la cause de la garantie serait née depuis le jugement; on n'a pas en effet le droit de le priver du premier degré de juridiction (1).

. Nous avons supposé jusqu'à présent que l'exception dilatoire de garantie était proposée par le défendeur et c'est en effet le cas le plus fréquent; il peut arriver cependant que le droit à la garantie appartienne au demandeur. Tel est le cas où le cessionnaire d'une créance agissant contre le débiteur, celui-ci nie la dette; le cessionnaire se retourne alors en garantie contre le cédant et l'appelle en cause (art. 1693 C. civ.). Tel est encore le cas où un immeuble ayant été vendu avec déclaration de l'existence d'une servitude à son profit, l'acheteur intente l'action confessoire contre le propriétaire du fonds servant et se retourne incidemment en garantie contre son vendeur, parce que le propriétaire du prétendu fonds servant nie l'existence de la servitude. Dans ces circonstances, l'exception dilatoire sera opposée par le demandeur au défendeur. Mais quel délai accordera-t-on au demandeur pour appeler garant? On a dit qu'il fallait lui donner huitaine à partir du jour où la défense du défendeur nécessite cet appel en garantie et, d'une manière plus générale, on accorde le même délai à l'une ou à l'autre partie, lorsque la cause de l'appel du garant ne se produit qu'au cours du procès (2). Il nous paraît tout à fait arbitraire de fixer à huit jours un délai dont la loi ne parle même pas. Aussi préférons-nous décider que si les parties ne s'entendent pas sur ce point, il appartiendra au tribunal de fixer la durée du délai.

Par ce qui précède, on connaît déjà la forme que prend la garantie incidente. Dans les rapports du garanti et du garant, il s'agit d'une action par laquelle le premier appelle le second dans l'instance qui le menace d'éviction; le garanti joue en effet le rôle de demandeur vis-à-vis du garant et son action prend la forme d'un ajournement direct, sans préliminaire de conciliation préalable devant le tribunal saisi de la demande principale. Cet ajournement est rédigé et signifié dans les formes ordinaires. En tête, il est donné copie de la demande principale et des pièces à l'appui du recours en garantie. Dans les cas rares où le garant est, pour une raison quelconque, déjà en cause, l'ajournement devient inutile et la demande en garantie lui est signifiée par une requête d'avoué ou par un simple acte de conclusions, suivant que l'affaire est ordinaire ou sommaire (3).

Entre le garanti et le demandeur principal, c'est l'exception dilatoire de garantie qui intervient sous la forme d'un acte d'avoué à avoué, par lequel le garanti prévient le demandeur originaire qu'il a appelé garant en cause pour obliger ce demandeur à attendre l'arrivée de ce garant, sous peine de nullité des actes de procédure qu'il ferait et des jugements qu'il obtiendrait auparavant. Le défendeur lui annonce seulement le fait de sa demande en garantie, sans la discuter ni la justifier. Mais cette demande peut n'être pas fondée et en pareil cas le demandeur principal a le droit de s'opposer au délai réclamé. Défendeur à l'exception dilatoire, le demandeur originaire

(1) Amiens, 11 juin 1872 et Paris, 30 janvier 1872, S. 72, 2, 139.
(2) Req., 2 mars 1846, D. P. 46, 1, 193.
(3) Req., 13 décembre 1893, D. P. 94, 1, 357.

signifiera des conclusions tendant à ce que l'affaire suive immédiatement son cours et son adversaire lui répondra par d'autres conclusions. Il est en effet possible que le prétendu garanti se trompe et qu'il n'ait pas droit à garantie, ou même qu'il le sache et qu'il oppose exception de garantie au seul effet de soulever une chicane. Dans tous les cas, l'incident est jugé avec la procédure ordinaire ou avec la procédure sommaire, suivant la nature de l'affaire principale; seulement, si l'on prend la procédure ordinaire, la loi ne veut pas que les requêtes dépassent six rôles (art. 75 § 6 du tarif civil). En outre, la loi exige que cet incident soit toujours jugé rapidement; c'est ce qu'entend dire l'article 180 lorsqu'il déclare qu'il devra être instruit sommairement; ce qui prouve que, dans ce cas encore, le mot *sommairement* ne signifie pas avec la procédure sommaire, c'est précisément que l'article 75 § 6 du tarif civil admet des écritures.

Le tribunal compétent pour la demande en garantie incidente est celui qui est saisi de la demande principale, lors même qu'il aurait été incompétent, d'ailleurs d'une manière relative, dans le cas où la demande en garantie aurait été introductive d'instance (art. 181 C. pr.).

Telle était déjà la règle du droit romain (l. 49 *De judiciis et ubi quisque*). Notre ancien droit l'avait acceptée, sauf dans le cas où celui qui avait été assigné en garantie déniait être garant; il fallait alors le traduire devant le juge de son domicile pour faire statuer sur le débat. L'ordonnance de 1667 décida que même ce débat serait de la compétence du tribunal saisi de la demande originaire et le Code de procédure a reproduit l'ordonnance dans l'article 181.

Par exception, si la demande originaire n'avait été faite que pour la forme, si le procès principal cachait une collusion frauduleuse entre le demandeur et le défendeur principal pour traduire le garant hors de son tribunal, alors celui-ci devrait y être renvoyé (art. 181 C. pr.) (1). Voici en effet ce qui s'était autrefois présenté avant l'ordonnance de 1667 et ce que l'article 181 veut empêcher. Un créancier domicilié à Paris et dont le débiteur est établi à Bordeaux doit, suivant la règle générale, actionner son débiteur en paiement devant le tribunal de Bordeaux. Mais il lui serait plus commode de plaider à Paris devant les juges de son propre tribunal. A cet effet, il s'entend avec un ami pour lui céder fictivement sa créance. Ce cessionnaire frauduleux demande paiement au débiteur et obtient le refus auquel on s'attendait. Il agit alors en restitution du prétendu prix de la cession devant le tribunal du cédant, c'est-à-dire devant le tribunal de Paris, et le cédant y appelle ensuite en garantie son débiteur de Bordeaux. Si celui-ci établit que cette cession est purement fictive et n'a d'autre objet que de le distraire de ses juges naturels, il obtiendra d'y être renvoyé (2).

En second lieu, on admet sans difficulté, en doctrine et en jurisprudence, que la demande en garantie ne peut pas être jointe à la demande principale et devrait au contraire en être séparée, lorsque le tribunal saisi de cette demande principale est incompétent d'une manière absolue pour connaître

(1) Voy. un exemple dans Dijon, 25 janvier 1872, S. 72, 2, 16.
(2) Req., 10 novembre 1884, D. P. 85, 1, 460.

de la demande en garantie (1). Tel serait le cas où la demande principale serait portée devant un tribunal de commerce et où la demande en garantie serait civile. C'est ce qui se produit lorsqu'un huissier a fait en matière commerciale un ajournement entaché de nullité. Le demandeur a droit à garantie contre l'huissier, mais sa demande en garantie doit être portée devant le tribunal civil du domicile de l'huissier. De même, si l'huissier a commis une nullité dans un acte d'appel, l'appelant ne peut pas l'assigner directement en garantie devant la Cour (2), car le tribunal du second degré est, à notre avis du moins, incompétent d'une manière absolue pour les affaires qui n'ont pas subi le premier degré de juridiction. La jurisprudence accepte la même solution, quoiqu'il s'agisse cependant pour elle en général d'une incompétence relative. Toutefois, pour le cas spécial qui nous occupe, elle admet l'incompétence absolue à cause du texte précis de l'article 73 du décret du 14 juin 1813, aux termes duquel toute condamnation d'un huissier à une amende, à des restitutions, à des dommages-intérêts pour faits relatifs à ses fonctions, est de la compétence exclusive du tribunal auprès duquel il les exerce. Cette disposition étant d'ordre public, il y a nécessairement incompétence absolue pour tout tribunal autre que celui auquel l'huissier est attaché.

Ce tribunal sera cependant placé dans une situation bien délicate. S'il admet la nullité de l'acte d'appel, pour apprécier le montant des dommages-intérêts dus à l'appelant, il devra juger son propre jugement et rechercher s'il aurait été modifié par la Cour. Aucune disposition analogue n'existant pour les avoués et l'article 60 du Code de procédure, qui permet aux officiers ministériels d'agir en paiement des frais qui leur sont dus devant le tribunal auquel ils sont attachés, n'étant pas susceptible d'extension, il faut en conclure que les avoués assignés en garantie pour faits de charge sont tenus de procéder devant le tribunal civil saisi de la demande originaire, lors même que ce tribunal ne serait pas celui auprès duquel ils sont attachés (3).

Dans notre droit, les tribunaux n'ont pas le pouvoir d'appeler, soit d'office, soit à la demande d'un plaideur, une personne quelconque en justice; ce sont les particuliers seuls qui agissent entre eux. Le garant ne serait donc pas tenu d'obtempérer à un ordre de justice s'il n'était pas accompagné d'une assignation en garantie (4).

Nous avons déjà examiné la question de savoir si l'incompétence relative (5) ayant été couverte par le défendeur principal, le garant mis en cause peut néanmoins la faire valoir. On lui refuse ce droit comme conséquence de la faculté reconnue au défendeur de couvrir l'incompétence et d'appeler son garant en cause (6). Mais on oublie que le garant n'est pas

(1) Paris, 28 mai 1877, D. P. 78, 2, 211; Douai, 18 décembre 1893, D. P. 94, 2, 176; Paris, 3 mai 1881, D. P. 81, 1, 193; Poitiers, 18 avril 1883, D. P. 84, 2, 30; Paris, 20 décembre 1884, D. P. 86, 2, 118.

(2) *Contra* Bordeaux, 18 juin 1886, D. P. 88, 2, 189; req., 17 juillet 1889, D. P. 90, 1, 485; Riom, 30 décembre 1890, D. P. 92, 1, 560.

(3) Civ. rej., 27 juillet 1872, S. 72, 1, 293; Poitiers, 18 avril 1883, S. 85, 2, 104; req., 16 mars 1885, S. 85, 1, 313.

(4) Voy. un cas analogue dans req., 22 avril 1879, S. 79, 1, 260.

(5) Pour le cas d'incompétence absolue la question n'est pas douteuse.

(6) Req., 16 novembre 1881, D. P. 82, 1, 121; req., 15 février 1882, D. P. 82, 1, 401.

l'ayant cause du garanti, puisqu'il est, au contraire, son auteur et que le garanti ne l'ayant pas représenté lorsqu'il a renoncé à l'incompétence relative, celle-ci n'est pas couverte pour lui.

Au point de vue de l'étendue des obligations du garant, la loi divise la garantie en simple ou formelle (art. 182 et suiv.); la première est celle qui est due en matière personnelle; la seconde est celle qui est due en matière réelle. La loi ajoute : *ou hypothécaire*, ce qui est tout à fait inutile, puisque les matières hypothécaires sont réelles. Lorsque, par exemple, l'acheteur menacé d'éviction totale ou partielle se retourne contre son vendeur, il s'agit de garantie formelle; au contraire, la caution actionnée par le créancier appelle-t-elle le débiteur en garantie pour que celui-ci l'indemnise, la garantie est simple. On a déjà observé, en effet, qu'au point de vue de la procédure la caution joue le rôle de garanti et le débiteur celui de garant.

En cas de garantie simple, l'obligation du garant se borne à indemniser le garanti : la caution ayant payé le créancier, le débiteur doit la rembourser. En matière réelle et dans la garantie formelle, trois obligations existent à la charge du gérant.

En premier lieu, le garant doit s'abstenir de tout acte qui tendrait de sa part à évincer ou à troubler le garanti. Ainsi, le vendeur ne peut revendiquer contre l'acheteur, bien qu'au moment de la vente il n'ait pas été propriétaire et qu'il le soit devenu ensuite, par exemple parce que l'immeuble lui avait été légué (1); il ne peut pas davantage prétendre à une servitude au profit d'un immeuble qu'il a conservé, alors que l'acte de vente suppose l'absence de cette servitude. Si le garant élevait une pareille prétention, le garanti lui opposerait l'exception civile de garantie qu'on formule en disant: *Quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio*. En d'autres termes, celui qui doit garantie ne peut pas évincer. Cette exception civile de garantie diffère sous deux rapports de l'exception dilatoire de garantie : la première est opposée par le garanti au garant et la seconde par le garanti au demandeur originaire, dont l'action produirait l'éviction si elle réussissait; l'une est une défense au fond, qui peut être opposée en tout état de cause, tandis que l'autre doit être invoquée avant les défenses au fond.

En second lieu, dans la garantie formelle, le garant doit protéger le garanti, par exemple le vendeur doit protéger l'acheteur contre toute tentative d'éviction, totale ou partielle, et le défendre dans les procès qui tendent à cette éviction.

De cette obligation découle la troisième, celle d'indemniser le garanti au moyen de dommages-intérêts, toutes les fois que le garant n'a pas pu ou n'a pas voulu le protéger et que l'éviction s'est réalisée. On ne peut pas même le condamner à autre chose qu'à des dommages-intérêts, car personne ne

(1) On a prétendu que, dans ce cas, la propriété passe directement à l'acheteur au moment où le vendeur l'acquiert, sous prétexte que ce transport se fait par le seul échange des consentements, de sorte qu'en pareil cas l'acheteur n'aurait pas à opposer l'exception civile de garantie et devrait soutenir qu'il est propriétaire. Mais cette solution est contestable, précisément parce qu'au moment où le vendeur acquiert la propriété, il n'a plus l'intention de vendre et que son consentement n'existe plus. En réalité, il a consenti à l'aliénation lorsqu'il n'était pas propriétaire et il n'y consent plus lorsqu'il est propriétaire; le transport de propriété ne peut donc se faire ni au premier ni au second moment.

saurait être contraint à accomplir un fait, et ici le fait consiste à venir au secours du garanti.

On voit par ce qui précède que quand on se demande si l'obligation de garantie est ou n'est pas indivisible, on pose assez maladroitement la question, puisqu'au lieu d'une obligation il en existe trois à la charge du garant. Or les deux premières, celle de s'abstenir de tout acte de nature à troubler le garanti et celle de le protéger contre les troubles et évictions venant des tiers, sont manifestement indivisibles, tandis que la troisième, celle de payer des dommages-intérêts, par cela même qu'elle se ramène à une somme d'argent, est divisible. De ce qui précède, il résulte que si le garant, par exemple le vendeur, est décédé en laissant plusieurs héritiers, chacun d'eux peut, à raison de l'indivisibilité, être actionné pour le tout à l'effet de protéger le garanti. Mais si l'éviction se produit, cette obligation se transforme en dommages-intérêts essentiellement divisibles entre les différents héritiers. Si le garant les a mis tous en cause, la condamnation se répartira donc entre eux; si le garant n'a appelé qu'un seul des héritiers, celui-ci peut demander délai pour mettre en cause ses cohéritiers, précisément afin que la condamnation aux dommages-intérêts se répartisse entre tous en cas d'éviction. C'est un droit que lui reconnaît l'article 1225 du Code civil, ainsi qu'à toute autre personne placée dans la même situation et il en résulte, comme on le voit, une troisième exception dilatoire dont ne parle pas le Code de procédure.

De ce qui précède il résulte aussi que, si la menace d'éviction provient d'un des héritiers du garant, le garanti, à raison de l'indivisibilité de la première des trois obligations, peut écarter l'héritier garant pour le tout, bien qu'il ait limité sa prétention à sa part héréditaire, et, dans ce cas, il ne peut être question de transformer cette obligation en dommages-intérêts.

Les différences que présente l'obligation du garant, suivant qu'on se trouve en matière personnelle ou en matière réelle, conduisent elles-mêmes à des conséquences importantes au point de vue de la procédure.

En garantie formelle, le garant peut, aux termes de l'article 182, toujours prendre le fait et cause du garanti qui est mis hors de cause, s'il le requiert avant tout jugement; c'est la conséquence de l'obligation qui pèse sur le garant de défendre le garanti. Cela se conçoit. Qu'importe au demandeur primitif qu'il ait tel ou tel adversaire, du moment qu'il ne s'agit pas pour lui d'une question d'obligation, c'est-à-dire de personne, mais d'un droit réel, propriété, usufruit, servitude, hypothèque sur une chose?

En réalité, dans la garantie formelle, le garanti a le choix entre trois partis. Il peut, en premier lieu, tout en conservant son rôle de défendeur à l'action qui le menace d'éviction, appeler le garant pour que celui-ci l'aide à repousser l'action ou soit condamné à des dommages-intérêts si l'éviction se réalise. Dans ce premier cas, le garanti reste dans les deux causes, dans la cause principale, où il continue à jouer le rôle de défendeur, et dans la cause en garantie où il est demandeur.

Mais il peut prendre un second parti, plus commode pour lui, à savoir et comme le dit la loi, se faire mettre hors de cause et obliger le garant à prendre sa place. Il faut bien s'entendre sur le sens de cette règle de l'article

182 du Code de procédure, qui permet au garanti de se faire mettre hors de cause. Et d'abord, il ne faut pas oublier qu'il y a deux causes réunies en une instance, l'action principale intentée par le demandeur originaire contre le garanti et l'action en garantie incidente intentée par le garanti contre le garant. Le garanti n'est mis que hors de la première cause; il reste dans la seconde cause où il est demandeur à la garantie. En outre, ce garanti n'est aussi mis hors de la cause principale que parce que telle est sa volonté. On discute, il est vrai, sur le point de savoir si c'est au garanti que doit être reconnu le droit d'obliger le garant à prendre sa place, ou si ce n'est pas plutôt au garant qu'appartient le droit d'exiger que le garanti la lui cède. En faveur de cette seconde solution, on invoque le texte de l'article 182, lequel porte « qu'en garantie formelle, le garant *pourra* toujours prendre le fait et cause du garanti ». Cette rédaction n'a pourtant pas pour objet de conférer au garant un droit qu'on ne comprendrait pas; la garantie, en effet, crée à sa charge des obligations et non des droits; il est tenu notamment de venir au secours du garanti, et, par cela même, c'est bien du côté de celui-ci que le droit existe. Le garanti a le choix de garder sa place dans la cause principale ou de la céder au garant. Mais cela ne se peut pas, comme nous le verrons bientôt, dans la garantie simple, et c'est pour exprimer cette idée que l'article 182 du Code de procédure a employé la formule précitée, dont on saisit très nettement le sens si on la rapproche de celle de l'article suivant consacré à la garantie simple. D'ailleurs, la loi ajoute que le garanti n'est mis hors de cause qu'autant qu'il le requiert avant tout jugement; il peut donc, s'il le préfère, rester en cause, même contre le consentement du garant.

Lorsque le garanti oblige le garant à prendre son fait et cause, il peut demander à être mis hors de cause, pourvu qu'il le fasse avant tout jugement. C'est toujours, on le remarquera, de la cause principale qu'il s'agit seulement. Le garanti cesse d'être défendeur personnel à l'action principale; c'est le garant qui prend ce rôle; en conséquence le garanti n'a plus ni avocat ni avoué dans la cause principale, mais il continue à avoir avocat et avoué dans la cause en garantie. Est-ce à dire qu'il devienne tout à fait étranger à la cause principale, ce serait une bien grave erreur que de le croire. Sans doute, il ne figure plus en nom dans les actes de procédure ni dans les qualités du jugement, il ne fait plus et il ne reçoit plus d'actes de procédure dans la cause principale puisqu'il n'a pas d'avoué. Mais le jugement rendu contre le garant n'en aura pas moins autorité de chose jugée et sera exécutoire contre le garanti après que celui-ci en aura reçu signification (art. 185 C. pr.). Ces règles prouvent bien que le garanti ne devient pas un tiers à la cause principale, qu'il y est au contraire représenté par le garant. Voilà pourquoi ce qui est jugé pour le garant est aussi jugé et de plus exécutoire contre le garanti. S'il en était autrement, le demandeur originaire n'obtiendrait pas satisfaction quoiqu'il eût gagné le procès. L'immeuble réclamé ne se trouve-t-il pas en effet entre les mains du garanti? Mais par cela même qu'il est jugé que le garant, par exemple le vendeur, n'en était pas propriétaire, il est aussi décidé vis-à-vis du garanti qu'il n'a pas pu acquérir la propriété.

En résumé, le garant prend fait et cause du garanti, en ce sens qu'il

devient son représentant dans l'action principale, qu'il fait seul les actes de procédure, qu'il figure seul en nom dans les jugements. C'est là une conséquence de ce qu'il doit protéger le garant et c'est en même temps aussi une remarquable dérogation à la règle suivant laquelle nul en France ne peut plaider par procureur.

Toutefois, il est une personne qui peut s'opposer sous certaines conditions à la mise hors de cause du garanti : c'est le demandeur originaire. Celui-ci peut avoir intérêt à faire rester en cause le garanti; la loi porte en effet qu'en cas d'insolvabilité du garant, le garanti est passible des dépens s'il n'a pas été mis hors de cause (art. 185 C. pr.). Mais cet intérêt ne suffit pas pour que le garanti puisse être contraint par le demandeur originaire à rester en cause, car autrement le garanti serait toujours à la discrétion de ce demandeur, et celui-ci ne peut pas s'en plaindre, car si le garant n'avait pas aliéné, c'est bien contre lui qu'il aurait dû plaider. A vrai dire, le demandeur principal ne peut s'opposer à la mise du garanti hors de cause, qu'autant qu'il a droit à certaines créances contre le garanti et dont n'est pas tenu le garant; c'est ce qui se produit, par exemple, si le garanti possesseur de l'immeuble doit des restitutions de fruits ou des dommages-intérêts pour dégradations.

La loi offre au garanti un troisième parti, mais qui n'est pas usité dans la pratique et dont bien des hommes de loi ignorent même l'existence : le garanti, tout en se faisant mettre hors de cause, peut y assister pour la conservation de ses droits (art. 182 C. pr.). De quels droits s'agit-il ici? Ce n'est évidemment pas du droit de demander des dommages-intérêts au garant en en cas d'éviction, car le garanti reste dans la cause en garantie et il n'est mis que hors de cause principale. Mais il a intérêt à veiller à ce que le demandeur originaire et le garant ne s'entendent pas pour le frauder, d'autant plus que ce qui sera jugé par le tribunal contre le garant le sera contre lui. C'est pourquoi, si le garant ne lui offre qu'une confiance limitée, il peut, tout en lui cédant sa place, rester auprès de lui en surveillance; il garde alors un avoué, même dans la cause principale; cet avoué ne fait pas sans doute d'actes de procédure, mais il semble bien qu'il reçoive signification de ceux du demandeur ou du garant. Autrement, comment exercerait-il son droit de surveillance? Dès que le garanti soupçonnera une collusion quelconque entre le demandeur et le garant, il pourra à tout moment rentrer dans la cause principale, par un simple acte de conclusions de son avoué.

Il ne faut pas conclure de ce qui précède que quand le garanti s'est fait mettre purement et simplement hors de cause, sans même y assister, il ne puisse pas rentrer en cause. Certains auteurs estiment même qu'il a le droit de rentrer en cause de la même manière qu'il y assistait, par la raison qu'il a conservé un avoué dans la cause incidente en garantie. Cela ne nous paraît pourtant pas exact. Lorsque le garant est mis hors de cause et n'y assiste même pas, il n'a plus avoué dans la cause principale et, dès lors, s'il veut y rentrer, il doit y constituer avoué, lequel fait une requête comme en cas d'intervention.

En résumé, le garanti a le choix entre trois partis : rester dans la cause principale, tout en s'y faisant assister par le garant; se faire mettre hors de

cause et remplacer par le garant; se faire encore mettre hors de cause, mais tout en y assistant. Dans le premier et dans le troisième cas, il garde avoué en cause; dans le premier cas, cet avoué fait des actes de procédure et en reçoit, tandis que, dans le troisième cas, cet avoué ne fait pas d'actes de procédure, mais reçoit signification de ceux du demandeur et du garant. Reste le second cas, dans lequel le garanti n'a plus d'avoué.

Au contraire, dans la garantie simple, le garant ne peut pas prendre le fait et cause du garanti (art. 183 C. pr.). Celui-ci reste nécessairement défendeur dans la cause principale, précisément parce qu'il est tenu d'une obligation personnelle envers le demandeur et qu'on lui permettrait de se soustraire à cette obligation si on obligeait son garant à prendre son fait et cause. On en a un exemple bien simple dans le cautionnement: lorsque le créancier agit contre la caution, celle-ci, jouant le rôle de garanti au point de vue de la procédure, a le droit d'appeler en cause le débiteur principal, mais si on l'autorisait à se retirer en mettant le débiteur principal à sa place, elle manquerait à l'obligation qu'elle a contractée de payer en cas d'insolvabilité du débiteur. Le garanti n'a qu'un intérêt de temps et de frais à appeler le garant en cause : le même jugement qui le condamne à payer le demandeur principal condamne aussi son garant à l'indemniser.

Ces deux demandes, la demande principale et la demande en garantie, ayant été réunies en une seule instance, peuvent aussi être terminées par un seul jugement si elles sont en même temps prêtes à être jugées (art. 184 C. pr.). Mais lorsque la contestation sur le fait de la garantie est de nature à entraîner des longueurs et à retarder l'instruction de l'affaire principale, par exemple parce qu'elle soulève des incidents, vérification d'écritures, enquête, etc., tandis que l'affaire principale est très simple, la loi ne veut pas que le demandeur originaire puisse être obligé de subir ces retards, et lui permet de demander la disjonction des deux causes, peu importe qu'il s'agisse de garantie simple ou de garantie formelle et, dans ce dernier cas, que le garanti ait été ou non mis hors de cause. On a prétendu que le tribunal n'a pas le droit de prononcer d'office cette disjonction (1), et en effet l'article 184 ne reconnaît ce droit qu'au demandeur originaire, mais s'il ne parle pas du tribunal, c'est parce qu'en droit commun celui-ci peut toujours prendre, même d'office, les mesures nécessaires à l'instruction du procès.

Dans tous les cas, qu'il soit rendu un ou deux jugements, l'affaire se termine par une des trois solutions suivantes :

Première hypothèse. La demande originaire et la demande en garantie triomphent; en d'autres termes, le demandeur principal obtient gain de cause, mais contre une personne qui a droit à la garantie. En cas de garantie simple, par exemple de cautionnement, le jugement condamne la caution à payer le créancier et le débiteur principal à indemniser la caution. S'il s'agit de garantie formelle, le jugement condamne le garanti ou le garant envers le demandeur originaire, suivant que le garant n'a pas pris ou a pris le fait et cause du garanti. A l'égard des dépens et dommages-intérêts, la liquida-

(1) Voy. *Jur. gén.*, v° *Exceptions*, n° 455.

tion et l'exécution sont faites contre le garant par la faute duquel l'éviction s'est produite. Cependant, on s'en souvient, il est un cas où la condamnation aux dépens peut retomber sur le garanti : c'est ce qui a lieu si celui-ci est resté en cause et si le garant est insolvable. Quand le garanti est mis hors de cause tout en y assistant, il doit, dans tous les cas, supporter les frais de son assistance, par analogie de ce que l'on décide pour celui qui intervient dans une cause à titre purement conservatoire (art. 882 C. civ.).

Reste la condamnation principale, par exemple à restituer l'immeuble. Elle est prononcée et exécutée contre le garanti s'il est resté en cause ; s'il s'est fait mettre hors de cause, la condamnation est rendue contre le garant, mais il y a chose jugée et on exécute contre le garanti qui a été représenté par ce garant ; seulement il faut, au préalable, lui signifier le jugement à personne et même à son avoué si, tout en se faisant mettre hors de cause, il y a assisté.

Seconde hypothèse. Le demandeur originaire succombe ; le garanti et le garant triomphent, car le garant a rempli son obligation de garantie. Aussi le demandeur originaire est-il condamné à tous les dépens, même à ceux de la garantie, car c'est son action qui a été la cause du recours en garantie.

Troisième hypothèse. La demande originaire triomphe et l'action en garantie est déclarée mal fondée. Le défendeur originaire, succombant vis-à-vis des autres parties, paie tous les frais.

Quant aux voies de recours contre le jugement, on applique le droit commun. Remarquons seulement que dans le cas où le garant a pris le fait et cause du garanti et, par cela même, a conclu contre le demandeur principal, le garanti étant représenté dans la cause principale a droit d'interjeter appel, quoique le jugement ait été rendu contre le garant. S'il y avait eu collusion frauduleuse entre le demandeur originaire et le garant qui a pris le fait et cause du garanti, alors, par cela même que le garant est coupable d'une fraude vis-à-vis du garanti, il ne le représente plus ; le garanti devient donc un tiers, à la condition de prouver la fraude, mais alors aussi on lui donne la voie de la tierce opposition pour attaquer le jugement ; la voie de l'appel lui fait défaut, puisqu'il n'a été ni partie ni représenté dans la cause principale. S'il avait intérêt à la préférer à la tierce opposition, il ne pourrait le faire qu'en renonçant à invoquer la fraude.

Telles sont les deux exceptions dilatoires dont s'occupe le Code de procédure. En existe-t-il encore d'autres de même nature ? Nous avons rencontré déjà une troisième exception dilatoire, celle de l'article 1225 du Code civil aux termes duquel l'héritier du débiteur, assigné pour la totalité de l'obligation indivisible, peut demander délai pour mettre en cause ses cohéritiers, toutes les fois que cette obligation est de nature, pour le cas où elle ne serait pas remplie, à se résoudre en dommages-intérêts. On a dit qu'il s'agit là d'une obligation de garantie, de sorte que l'article 1225 du Code civil ne consacrerait pas l'existence d'une troisième exception dilatoire. C'est là, à notre avis, une erreur : l'héritier actionné pour le tout ne demande pas en effet que ses cohéritiers l'indemnisent de ce qu'il aura payé au delà de sa part au créancier qui aurait obtenu contre lui une condamnation à la totalité de la dette ; il conclut, au contraire, à ce que le tribunal condamne directe-

ment chacun des héritiers pour sa part vis-à-vis du créancier, et à cet effet il réclame délai pour mettre en cause ses cohéritiers.

Certains auteurs voient aussi une exception dilatoire dans la disposition de l'article 497 du Code de procédure qui interdit à celui qui a été condamné au délaissement d'un immeuble de se pourvoir en requête civile tant qu'il n'a pas restitué cet immeuble. Mais on aura remarqué que toute exception dilatoire suppose que celui qui la fait valoir demande un délai à son profit pour accomplir un acte. Or, ici, il s'agit au contraire d'obliger l'adversaire à prendre un parti; nous sommes donc en présence d'une fin de non-recevoir pouvant être invoquée en tout état de cause.

Dans notre ancien droit, on considérait aussi comme exceptions dilatoires le bénéfice du terme, le bénéfice de discussion de la caution, le bénéfice de discussion du tiers détenteur, le bénéfice de division (art. 2021, 2026, 2170 C. civ.). Mais la loi actuelle fait de ces différents moyens de véritables défenses qu'on peut invoquer en tout état de cause.

Les articles 186 et 187 du Code de procédure nous apprennent dans quel ordre les exceptions dilatoires doivent être présentées entre elles vis-à-vis des autres exceptions. Elles se placent immédiatement après l'exception de nullité d'ajournement et immédiatement avant l'exception de communication des pièces relatives au fond du procès. L'article 186 nous apprend qu'entre elles toutes les exceptions dilatoires doivent être proposées en même temps et conjointement par un seul acte. L'article 187 ajoute que, toutefois, l'exception d'inventaire doit être opposée par l'héritier ou par la femme commune en biens avant les autres exceptions dilatoires. Ces deux dispositions empruntées à l'ordonnance de 1667 s'expliquaient facilement alors, parce qu'il existait, sous l'empire de cette ordonnance, un grand nombre d'exceptions dilatoires. Les rédacteurs du Code ont eu le tort de reproduire ces dispositions; ils ont visiblement oublié qu'elles ne consacraient plus que deux exceptions dilatoires, l'exception d'inventaire et l'exception de garantie. Dès lors, s'il n'y a plus dans notre droit que deux exceptions dilatoires, et c'est ce que soutiennent ceux qui font rentrer l'exception de l'article 1225 du Code civil dans l'exception de garantie, il faut bien reconnaître que l'article 186 du Code de procédure ne peut pas comporter d'application, puisqu'il suppose nécessairement l'existence d'autres exceptions dilatoires : on doit s'en tenir à l'article 187 et décider que l'exception d'inventaire doit être proposée avant l'exception de garantie. C'est qu'en effet le fait d'appeler garant en cause implique qu'on prend parti, qu'on accepte la succession ou la communauté et, par cela même aussi, qu'on renonce à l'exception dilatoire d'inventaire. Mais si l'on admet qu'indépendamment des deux exceptions dilatoires réglées par le Code de procédure, il en existe encore une troisième, celle de l'article 1225 du Code civil, comme nous avons essayé de l'établir précédemment, ou même plusieurs, comme le soutiennent certains auteurs, alors les deux articles 186 et 187 reçoivent facilement application et se ramènent à la règle suivante : les exceptions dilatoires doivent être proposées conjointement, sauf l'exception d'inventaire qui doit être invoquée seule et la première.

On a parfois soulevé quelques difficultés au sujet de celui qui, étant ac-

tionné par le créancier en qualité de caution, entend contester l'existence du cautionnement. On a soutenu qu'il doit plaider sur ce point, par conséquent sur le fond, avant d'opposer l'exception de garantie pour mettre son garant, le débiteur, en cause, sous prétexte que s'il commençait par demander délai pour faire venir le débiteur, il se reconnaîtrait, par cela même, caution. Nous pensons cependant que, même dans ce cas, l'exception dilatoire de garantie doit être proposée avant les défenses au fond, car l'article 186 est absolu ; seulement, en invoquant l'exception dilatoire, le garanti fera toutes réserves sur l'existence du cautionnement. D'ailleurs, ce procédé est le plus simple et le plus rapide en pratique. Si le défendeur devait d'abord plaider sur le cautionnement et ensuite seulement se retourner contre le débiteur, il serait tenu en réalité de soutenir ou de faire deux procès successifs ; en d'autres termes, la garantie incidente lui serait refusée et il n'aurait à sa disposition que la garantie principale et introductive d'instance.

### § 81. — Exception de communication de pièces (art. 188 à 193 C. pr.).

La loi ne veut pas qu'un plaideur puisse soustraire à l'examen de son adversaire tout ou partie des moyens et des preuves dont il entend se servir. Aussi, chaque partie a le droit de demander connaissance et communication des pièces invoquées par son adversaire, d'ailleurs sous les conditions et dans les formes prescrites par la loi. Le défendeur connaît sans doute les pièces du demandeur par la copie qu'en comprend l'ajournement, et, de son côté, il doit, dans sa requête en défense, faire offre au demandeur de communiquer ses propres pièces (art. 77 C. pr.). Mais les copies ne suffisent pas toujours pour éclairer l'adversaire, elles peuvent être illisibles ou inexactes. M. de Lamoignon disait déjà : « Les copies collationnées ne laissent pas d'être suspectes d'altération ou de déguisement ; il s'est trouvé des parties assez artificieuses pour couvrir d'encre les mots qui prouvaient contre elles ; ce qui vient d'une main ennemie est toujours suspect. » C'est pourquoi on conçoit très bien qu'une partie ne se contente pas des copies qui lui ont été signifiées et désire voir les originaux eux-mêmes : de là l'exception et la procédure de la communication des pièces. Il ne s'agit pas ici, comme on l'a dit parfois à tort, d'une exception dilatoire, car celui qui la soulève ne réclame pas un délai, mais d'une mesure qui a pour objet de lui faire connaître les bases de la prétention de son adversaire. L'exception de la communication de pièces ne rentre dans aucune des trois classes précédentes ; elle forme, comme l'exception de caution des étrangers, une exception d'une nature spéciale *sui generis* (1). Par cela même, et toutes les fois qu'elle se rattache au fond du procès, elle doit être proposée la dernière et couvre ainsi toutes les autres exceptions (2). Il en est autrement s'il s'agit de pièces relatives à l'exception elle-même. Celui qui demande communication de ces pièces ne couvre que les exceptions antérieures à celles qu'il propose.

(1) Paris, 31 mars 1879, S. 81, 2, 236.
(2) Trib. de Saint Malo, 30 janvier 1897, D. P. 1900, 1, 321.

Lorsqu'une partie veut demander communication des pièces invoquées contre elle, elle doit le faire par un simple acte d'avoué à avoué et dans les trois jours où les pièces ont été signifiées ou employées (art. 188 C. pr.), peu importe à quel moment la pièce apparaît au procès, et la communication peut même être demandée en appel, s'il apparaît une pièce nouvelle, jusqu'à la clôture des débats et dans les trois jours de sa production. Les trois jours écoulés, la communication n'est plus de droit; cependant elle peut encore être demandée, et les juges apprécieront. Tant qu'on est dans les trois jours, au contraire, la communication ne peut être refusée par la partie adverse, mais, dans tous les cas où la partie, à raison de la résistance de son adversaire, est obligée de s'adresser au tribunal, celui-ci jouit toujours d'un pouvoir discrétionnaire : il peut écarter la demande de communication s'il estime qu'elle est inutile, par exemple parce que sa conviction est déjà faite (1).

En sens inverse, le tribunal peut toujours ordonner la communication, même d'office (2).

La communication a lieu tantôt d'avoué à avoué sur récépissé, tantôt par dépôt des pièces au greffe. On emploie ce second procédé pour les pièces particulièrement importantes et dont la perte pourrait causer un préjudice considérable : le propriétaire de la pièce la remet au greffe, où l'adversaire va le consulter; cette pièce ne peut pas être déplacée du greffe, à moins qu'il n'y en ait minute ou que la partie y consente (art. 189 C. pr.).

Le délai de la communication des pièces est de trois jours, à moins que le récépissé de l'avoué, ou le jugement du tribunal qui a ordonné la communication, n'en fixe un autre. Ce délai n'est pas franc, parce qu'il n'a pas pour point de départ une signification à personne ou domicile; suivant le droit commun, on en exclut le *dies a quo*. Le délai commence à courir du jour où les pièces ont apparu au procès. Mais, s'il s'agit de pièces déjà invoquées dans l'ajournement par le demandeur, le délai donné au défendeur pour en prendre communication ne peut évidemment courir que du jour où il a constitué avoué.

Aucun de ces délais n'est observé dans la pratique; ils ne sont, d'ailleurs, pas prescrits à peine de déchéance, et on reconnaît aux juges le droit d'apprécier souverainement l'opportunité de la communication (3) et les conditions dans lesquelles elle doit être faite.

Une fois le délai expiré, l'avoué doit rétablir les pièces. S'il ne le fait pas, l'adversaire peut, sur simple requête ou même sur simple mémoire, demander directement au tribunal jugement qui condamne l'avoué à restituer sur-le-champ les pièces, à peine de 3 francs de dommages-intérêts par jour de retard à partir de la signification du jugement. En outre, tous les frais de cet incident restent à la charge de l'avoué qui pourrait même, dans les cas les plus graves, encourir des peines disciplinaires (art. 191 C. pr.).

Ce qui est remarquable dans cet incident, c'est que la loi permet au propriétaire des pièces d'agir en restitution contre l'avoué de l'adversaire,

(1) Lyon, 6 février 1890, D. P. 91, 1, 377; Nancy, 23 janvier 1892, D. P. 93, 2, 365.
(2) Req., 17 juin 1879, D. P. 80, 1, 427; Nancy, 23 janvier 1892, D. P. 93, 2, 365.
(3) Req., 27 janvier 1873, D. P. 73, 1, 352; Lyon, 24 mai 1877, *Journal des avoués*, 1877, 103, 334.

sans constitution d'avoué. On a pensé qu'il répugnerait à tout avoué d'occuper contre un confrère dans des circonstances aussi délicates. Le propriétaire des pièces rédige donc lui-même [sa requête; mais à qui l'adresse-t-il? On répond assez volontiers : au président du tribunal et non pas au tribunal lui-même, en se fondant sur ce que, d'après l'article 91, la requête sera répondue non pas par un jugement mais par une ordonnance. Or le président du tribunal rend seul des ordonnances (1). Cette solution est cependant contestable ; dans d'autres articles du code, le mot ordonnance est parfois pris comme synonyme de jugement (voy., par exemple, art. 329 C. pr.), et ce qui prouve que c'est bien aussi le cas de l'article 191 du Code de procédure, c'est qu'autrefois la contrainte par corps ne pouvait jamais résulter d'une ordonnance du président du tribunal et n'était attachée qu'aux jugements. Or l'article 191 porte que l'avoué pourra être contraint, même par corps, à la restitution des pièces.

Pour le cas où cet avoué fait opposition, ce qui suppose une décision par défaut, l'incident est jugé sommairement (art. 192 C. pr.).

La partie qui reçoit communication d'une pièce n'a pas seulement le droit de la lire, elle peut aussi en prendre copie, et cela par tous les moyens actuellement en usage, notamment à l'aide de la photographie (2).

D'ailleurs, quoique la partie qui a pris communication d'une pièce soit tenue de la rendre à son adversaire, cette pièce n'en reste pas moins, au point de vue de la procédure, commune aux deux plaideurs pendant toute la durée de l'instance, en ce sens que chacune des parties a le droit de s'en servir, de l'invoquer à son profit, et que le propriétaire de la pièce ne peut pas la retirer du procès sans le consentement de son adversaire (voy. art. 409 C. pén.) (3). Le cas inverse peut se produire : une des parties possède une pièce décisive et a bien soin de ne pas s'en servir, parce qu'elle est contraire à sa prétention. L'adversaire, qui a connaissance de l'existence de cette pièce, peut-il exiger qu'elle soit produite au procès ? On l'a nié en invoquant le vieil adage : *Nemo tenetur edere contra se*, personne n'est tenu de prouver contre soi. Mais aucun article de nos codes ne consacre cette règle ; nous voyons, au contraire, que lorsqu'une partie a dissimulé une pièce décisive qui existait contre elle et qu'elle a gagné le procès grâce à cette fraude, son adversaire peut, s'il découvre la pièce après le jugement, attaquer ce jugement par la voie de la requête civile ou par celle de l'appel, selon qu'il est en dernier ou en premier ressort (art. 480 C. pr., n° 10). Ne doit-on pas alors *a fortiori* donner à cet adversaire le droit de demander la production de la pièce pendant la durée du procès, du moment qu'il en a connaissance (4)? Toutefois, il est indispensable qu'il désigne cette pièce d'une manière précise et individuelle; on ne l'autoriserait pas à procéder à une véritable perquisition dans les papiers de son adversaire.

En outre, s'il s'agit d'une lettre missive, la question se complique. Il

(1) Montpellier, 13 mars 1893, D. P. 94, 1, 529.
(2) Trib. de la Seine, 5 mai 1885, D. P. 86, 3, 48.
(3) Voy. une curieuse application de ces principes aux livres de commerce dans Bordeaux 31 octobre 1899, D. P. 1900, 2, 180.
(4) Req., 17 juin 1879, S. 81, 1, 116.

est de principe, en effet, que toute lettre appartient au destinataire, mais, si elle est confidentielle, il n'en a la propriété qu'à la condition de ne pas la divulguer. De là une distinction : le destinataire, et tout tiers avec sa permission, peut invoquer en justice une lettre missive non confidentielle et l'adversaire qui en a connaissance peut en demander communication, mais, si la lettre est confidentielle, il faut, pour que le destinataire ou toute autre personne puisse s'en servir ou en demander communication en justice, l'autorisation de l'auteur de la lettre, car, par le fait de s'en servir sans cette permission, la propriété retourne de plein droit à l'auteur (1).

De toutes les exceptions, celle de communication de pièces est certainement la plus pratique. A toute assignation en justice, l'avoué du défendeur répond par l'exception de communication de pièces. C'est un moyen de gagner du temps, par cela même aussi d'augmenter les frais. Il y a là parfois certains abus qu'il serait d'ailleurs assez difficile d'empêcher.

Au tribunal de la Seine, les avoués posent presque toujours des conclusions de communication de pièces, mais, en fait, ils ne les signifient pas et on plaide très rarement sur cette exception ; la communication a lieu entre avoués à l'amiable sur récépissé ; plus souvent encore, elle se fait entre avocats avant les plaidoiries : la communication par la voie du greffe est tombée en désuétude.

Avant d'en finir avec les exceptions, il n'est pas sans intérêt de présenter deux observations générales et récapitulatives, relatives à l'ordre dans lequel elles doivent être proposées et aux parties qui peuvent les invoquer.

Parmi les exceptions, les unes peuvent être invoquées en tout état de cause. Ce sont l'exception d'incompétence absolue, l'exception de litispendance, l'exception de connexité. Les autres doivent être proposées dans l'ordre déterminé par la loi, sous peine de déchéance, de sorte que celui qui propose d'abord la seconde renonce par cela même à la première. Ce sont les suivantes, d'après l'ordre dans lequel elles doivent être présentées : exception de caution de l'étranger, exception d'incompétence relative, exception de nullité de l'ajournement, exception dilatoire d'inventaire, exception dilatoire de garantie et exception de l'article 1225 du Code civil, enfin exception de communication de pièces.

L'exception de caution de l'étranger et l'exception d'incompétence relative, l'exception de litispendance, l'exception de connexité, l'exception d'inventaire ne peuvent être proposées que par le défendeur. Il peut, au contraire, très bien arriver que le demandeur invoque les autres exceptions, à savoir l'exception d'incompétence absolue, l'exception de nullité d'un acte du défendeur, l'exception de garantie, l'exception de communication de pièces.

Dans tous les cas, c'est à une seule des parties qu'appartient le droit de soulever l'exception dans un procès ; il n'en est autrement que dans le cas d'incompétence absolue, qui peut même être proposée d'office par le ministère public ou par le tribunal, parce qu'elle intéresse l'ordre public.

(1) Voy. sur les lettres missives la note sous req., 13 et 14 novembre 1876, S. 78, 1, 201 ; cpr. Douai, 15 décembre 1898, D. P. 1900, 2, 420.

# CHAPITRE II

## INCIDENTS RELATIFS A LA PREUVE

### § 82. — Généralités.

Prouver, c'est soumettre au juge saisi d'une contestation des éléments de conviction de nature à établir la vérité du fait allégué par l'une des parties ou contesté par l'autre. Ce mot preuve est pris dans trois sens différents. Tantôt, il désigne le fait même de la production des éléments de conviction, et c'est en ce sens qu'on parle de la charge de la preuve; tantôt il s'entend de ces éléments de conviction considérés en eux-mêmes, et c'est en ce sens qu'on dit qu'une partie est munie ou dénuée de preuve; enfin il exprime aussi le résultat de la production de ces éléments quant à la conviction du juge, et c'est ainsi qu'on dit que la preuve est ou n'est pas faite, est ou n'est pas complète.

La preuve n'a jamais pour objet que des points de fait contestés ou susceptibles de l'être, et les juges ont un pouvoir souverain pour apprécier les faits, de sorte que s'ils se trompent uniquement en fait, leur erreur ne donne pas ouverture à cassation; il en est autrement lorsqu'ils appliquent mal une loi à un fait.

Les lois françaises ne se prouvent pas (1), mais il peut être nécessaire de faire la preuve d'une loi étrangère ou d'un usage local s'ils sont contestés, lorsque le juge est appelé à en faire l'application. En pareil cas, la partie qui invoque la loi étrangère (2) ou l'usage (3) comme établissant une règle contestée par l'autre partie, est tenue de prouver l'exactitude de son assertion. Dans notre ancienne France, et jusqu'à l'ordonnance de 1667, les coutumes se prouvaient au moyen d'une procédure tout à fait archaïque et dont l'origine remonte au jury du moyen âge : c'était l'enquête par turbe (4). Cette procédure était si lente et si coûteuse qu'elle fut abrogée par l'ordonnance de 1667 (tit. XIII, art. 1er). Aujourd'hui, la preuve d'une loi étrangère ou d'un usage peut se faire de toutes manières, même par témoins. Mais nous verrons plus loin que la violation d'un usage n'est pas le plus souvent une cause d'ouverture à cassation et que celle d'une loi étrangère n'y donne jamais lieu, à moins que cette loi ne soit confirmée par une loi française, parce qu'il y a alors, en pareil cas, violation d'une loi française.

Tout fait susceptible de produire un droit ou une obligation peut être

(1) Aubry et Rau, 4e éd., t. VIII, p. 152, § 549. Larombière, *Traité des obligations*, sur l'article 1315, n° 17.

(2) Bordeaux, 1er mars 1889, D. P. 90, 2, 89; Aubry et Rau, t. VIII, p. 152, § 749; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. I, n° 80 ; *contra* Despagnet, *Précis de droit international privé*, n° 24; Weiss, *Droit international privé*, p. 295.

(3) Douai, 22 mars 1836, S. 88, 1, 389; Aubry et Rau, et Lyon-Caen et Renault, cités *supra*.

(4) Voy. *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. VI, p. 535 et suiv.

prouvé en justice, pourvu qu'il soit concluant et que la preuve n'en soit pas interdite pour une cause quelconque par la loi. On dit qu'un fait est concluant, toutes les fois qu'il est de nature à former la conviction du juge. La loi exige qu'il présente ce caractère en matière d'enquête (art. 254 C. pr.); mais cette décision doit être généralisée, parce qu'elle n'est en effet que l'expression du bon sens. Si le fait, en le supposant vrai, n'est pas de nature à faire triompher la partie qui l'allègue, il est inutile d'en administrer la preuve. On ajoute parfois que le fait doit être non seulement concluant, mais encore pertinent ; à vrai dire, ce second caractère se confond dans le premier, car on entend par fait pertinent celui qui se rapporte à l'affaire, et un fait qui ne concernerait pas l'affaire ne saurait être concluant. Il peut y avoir, au contraire, des faits pertinents qui ne soient pas concluants. C'est au juge à apprécier en fait si la preuve offerte porte sur des faits de nature à former leur conviction (1).

Il ne suffit pas qu'un fait soit concluant pour que le tribunal en autorise la preuve : il faut encore que cette preuve ne soit pas interdite par la loi. C'est ainsi que le Code civil défend de prouver la filiation adultérine ou incestueuse, dans la crainte de procès scandaleux (2); de même, la recherche de la paternité naturelle est interdite.

La charge de la preuve incombe à celui qui invoque le fait, soit qu'il intente une action, soit qu'il oppose une défense ou une exception (art. 1315 C. civ.): *Actori incumbit onus probandi; reus excipiendo fit actor*. Celui qui se borne à nier les faits invoqués contre lui n'est tenu de faire aucune preuve pour les repousser : *Ei incumbit probatio qui dicit non ei qui négat ; neganti naturali ratione nulla est probatio* (3). C'est là un principe de raison et de sécurité sociale tout à la fois que d'imposer la preuve à celui qui veut innover. Il en a toujours été ainsi en droit romain en matière personnelle, mais en matière réelle, à l'origine, la loi mettait les deux parties sur la même ligne et le magistrat, en attribuant la possession provisoire à l'un des plaideurs, le dispensait par cela même de la preuve (4) ; bientôt, le préteur établit une présomption en faveur du possesseur et cette présomption, qui le dispense de la preuve, s'est transmise jusque dans nos lois modernes.

Lorsque le défendeur répond autrement qu'en niant simplement le fait allégué par le demandeur, c'est à lui de prouver sa prétention; le demandeur devra donc prouver sa réplique et ainsi de suite. Quiconque allègue un fait nouveau contraire à la position acquise de l'adversaire doit l'établir. Par exemple, le défendeur actionné en paiement d'une dette n'a rien à prouver s'il se borne à nier l'existence de la dette, et c'est au demandeur qu'incombe la charge de la preuve de l'existence de sa créance. Mais si le défendeur, une fois la dette reconnue ou prouvée, ajoute qu'elle est éteinte par paiement,

(1) Req., 20 février 1866, D. P. 66, 1, 384; civ. cass., 15 mars 1882, D. P. 83, 1, 374.

(2) Il n'en résulte pas moins des conséquences bien extraordinaires ; ces enfants adultérins ou incestueux étant des étrangers vis-à-vis de leurs parents, ceux-ci peuvent les abandonner complètement ou au contraire leur faire des libéralités plus larges que celles permises au profit des enfants légitimes.

(3) L. 2, *De probationibus et præsumptionibus*, 22, 3 ; Const. 23, *De probationibus*, 4, 19.

(4) Gaius, IV, 15.

novation, compensation ou autrement, c'est lui qui doit administrer la preuve de ce fait nouveau. De même, on sait que les actions en nullité pour cause d'erreur, de dol ou de violence se prescrivent par dix ans à partir de la découverte de l'erreur ou du dol ou de la cessation de la violence. Celui qui intente une de ces actions n'est tenu, au début, de prouver que l'existence de l'un de ces vices. Si le défendeur lui répond ensuite que l'acte remonte à plus de dix ans et qu'en conséquence l'action est prescrite, le demandeur peut répliquer à cette exception en prouvant qu'il n'a eu connaissance de l'erreur ou du dol ou que la violence n'a cessé, qu'à telle époque postérieure au jour du contrat. C'est ce que la loi rappelle elle-même pour le cas de requête civile (art. 408 C. pr.) fondée sur un dol ou sur la découverte de pièces nouvelles. Ce ne sont là que des applications du droit commun.

De ce que la preuve incombe au demandeur, il ne faudrait pas conclure que si dans une action en revendication le défendeur ne se bornait pas à repousser l'action et prouvait son droit de propriété, cette preuve dont il lui serait donné acte par le jugement resterait inutile. Si plus tard il se constituait demandeur vis-à-vis d'un tiers, le jugement pourrait lui servir de titre; sans doute ce jugement n'a pas autorité de chose jugée vis-à-vis des tiers, mais il n'en est pas moins un titre, et si le tiers auquel il est opposé peut l'attaquer directement ou par tierce opposition, il n'en peut cependant détruire la preuve qu'à charge de faire la preuve contraire et d'établir à son profit, soit une propriété préférable, soit une possession antérieure légalement acquise et non perdue.

La preuve incombe à celui qui invoque un fait, sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il s'agit d'un fait positif ou d'un fait négatif. En droit romain, on imagina à une certaine époque l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*, qui dérogeait gravement à ce principe. Fort souvent celui qui consentait à prêter de l'argent exigeait de l'emprunteur, avant de lui verser la somme, une promesse de restitution, soit par stipulation, soit par *chirographum*. Parfois ensuite, ce prêteur demandait la restitution sans avoir rien donné, en se fondant sur la stipulation ou sur l'écrit. Le prétendu débiteur pouvait sans doute repousser cette action en opposant l'exception de dol, mais à la condition de prouver que les espèces ne lui avaient pas été comptées. Comme la preuve de ce fait négatif était particulièrement difficile, on se décida à l'en dispenser, par dérogation au droit commun, et on créa l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*, dans laquelle il était permis au défendeur de dire simplement qu'il n'avait rien reçu, sans qu'il fût tenu d'en faire la preuve; c'était alors au demandeur à prouver qu'il avait effectivement versé la somme qu'il réclamait. Cette dérogation à la règle générale n'a jamais été admise, ni dans notre droit actuel, ni dans notre ancien droit où l'on disait déjà : « Exception d'argent non nombré n'a point de lieu (1) ».

Mais on discute encore aujourd'hui, en doctrine et en jurisprudence, pour le cas où un propriétaire d'un immeuble intente l'action négatoire de servitude, réelle ou personnelle, à l'effet d'établir que cet immeuble n'est pas grevé de servitude. On a prétendu que le demandeur à l'action négatoire

(1) Loysel, *Institutes coutumières*, liv. V, tit. II, règle 6.

doit seulement prouver sa propriété sans être tenu d'établir, en outre, que l'immeuble est franc de la servitude. En effet, dit-on, le principe de la liberté des héritages établit, au profit du demandeur, une présomption d'absence de toute servitude et c'est dès lors au défendeur à repousser cette présomption en prouvant qu'il existe une servitude (1). Cette solution nous paraît trop absolue; il vaut mieux faire une distinction et rechercher si le propriétaire du fonds dominant, défendeur à l'action négatoire est ou n'est pas en possession de la servitude. Dans le premier cas, cette possession de la servitude, par cela seul qu'elle existe, écarte la présomption de liberté de l'héritage du demandeur et établit une présomption contraire que le demandeur ne peut faire disparaître par son action négatoire, qu'à la condition de prouver que son héritage n'est pas grevé de la servitude. Si, au contraire, le défendeur n'est pas en possession de la servitude, alors la présomption de liberté des héritages conserve toute sa force, dispense le demandeur de toute preuve (car on ne parle pas sérieusement quand on dit qu'il doit prouver sa qualité de propriétaire, puisqu'elle ne lui est pas contestée), et c'est au défendeur à établir qu'il existe une servitude pour faire tomber cette présomption de liberté (2). C'est aussi à la possession qu'il faut s'attacher pour savoir qui doit faire la preuve quand on plaide sur l'extinction d'une servitude (3) par le non usage.

On a longtemps cru autrefois, sous l'influence de textes du droit romain mal compris, que celui qui invoque un fait négatif n'est pas tenu de le prouver, sous prétexte que cette preuve est impossible. Cette erreur est aujourd'hui définitivement condamnée (4). On reconnaît sans peine que la difficulté de la preuve tient parfois à ce qu'elle porte non pas sur un fait négatif, mais sur un fait indéfini ou absolu. Il est tout aussi difficile de prouver qu'on n'est jamais venu à Paris, que d'établir qu'on y est toujours resté. Au contraire, rien de plus facile que de prouver que tel jour on n'était pas à Paris, en établissant qu'on se trouvait le même jour dans tel autre lieu. Mais, dans tous les cas, quelle que soit parfois la difficulté de la preuve d'un fait positif ou négatif, on ne peut pas déroger au droit commun sans un texte qui y autorise.

Au point de vue des moyens à employer pour former la conviction du juge, on dit que la preuve est directe ou indirecte : directe, si elle consiste dans des moyens de conviction qui se rapportent précisément au fait lui-même; indirecte, s'il s'agit de simples inductions ou conséquences d'un fait connu pour établir le fait à prouver. Ces preuves indirectes sont désignées sous le nom de présomptions de fait ou présomptions de l'homme et n'ont dans notre droit civil, comme la preuve testimoniale, qu'un caractèr exceptionnel.

(1) Grenoble, 14 juillet 1832, S. 32, 2, 11; Limoges, 28 juillet 1842, S. 43, 2, 25; Agen, 30 novembre 1852, S. 54, 2, 8; Agen, 23 novembre 1857, S. 57, 2, 769.

(2) Limoges, 15 février 1837, S. 37, 2, 171; Limoges, 20 novembre 1843, S. 44, 2, 158. Cpr. civ. rej., 27 février 1889, S. 90, 1, 317.

(3) Req., 15 février 1842, D. P. 42, 1, 83; *contra* Rouen, 20 mars 1868, S. 69, 2, 113.

(4) Aubry et Rau, 4e éd., t. VIII, p. 155, § 749, note 14; Larombière, *Traité des obligations*, sur l'article 1315, n° 16.

Les rédacteurs du Code civil ont exposé la théorie générale des preuves à l'occasion des obligations ; ils ne lui ont consacré ailleurs que des dispositions de détail. Quant aux mesures d'instruction destinées à administrer les preuves, elles sont traitées au Code de procédure ; il existe donc sous ce rapport des liens intimes entre ces deux codes. Le mieux aurait été de comprendre toute la théorie des preuves dans le Code de procédure ; c'est ce qu'on avait fait dans l'ordonnance de 1667. Du moins, si l'on tenait à placer une théorie générale dans le Code civil, aurait-il mieux valu lui consacrer un titre spécial. Les rédacteurs du Code civil ont commis une grave méprise en plaçant la théorie des preuves au titre des obligations, comme si les droits de créance seuls se prouvaient, alors qu'au contraire tous les droits doivent être prouvés, les droit réels, les droits de famille, les droits relatifs à l'état des personnes, comme les droits de créance. Ils ont du reste suivi l'exemple de Pothier qui, dans son *Traité des obligations*, s'est occupé de la manière de les prouver, mais ils n'ont pas remarqué que ce qui était très naturel de la part de Pothier, dont le traité était limité à la matière des obligations, devenait tout à fait maladroit et incomplet dans un code consacré à l'ensemble du droit civil. L'erreur des rédacteurs du Code civil les a aussi conduits à omettre certains moyens de preuve, parce qu'ils ne se présentent pour ainsi dire jamais à propos des obligations, mais qui sont très fréquents en matière de propriété ou de possession immobilière. Toutefois, ces omissions ont été réparées par le Code de procédure.

Les juges ont d'abord leur expérience personnelle pour prendre connaissance des faits ; c'est ce qui a lieu dans la procédure de descente sur lieux (art. 295 à 302 C. pr). Mais il peut arriver qu'ils n'aient pas les connaissances nécessaires pour apprécier les faits ; ces connaissances exigent parfois des études tout à fait spéciales ; les magistrats peuvent alors ordonner un rapport d'expert, lequel ne contient jamais d'ailleurs qu'un simple avis (art. 302 à 323 C. pr.). Le juge n'est appelé qu'assez rarement à prendre connaissance des faits, par exemple en matière de propriété immobilière, de services fonciers, de possession ; l'expertise, bien que plus fréquente, n'atteint que l'élément matériel des faits. Aussi, l'immense majorité des causes se décide, non par l'évidence, ni par l'expertise, mais par le secours de preuves proprement dites, c'est-à-dire de moyens intermédiaires conduisant à la découverte de la vérité.

En principe, la preuve se fait en matière civile au moyen d'écrits authentiques ou sous seing privé ; la preuve par témoins et les présomptions de l'homme ne sont admises qu'à titre exceptionnel. Les actes écrits sont eux-mêmes authentiques ou sous seing privé. L'acte authentique est celui qui est reçu dans les formes légales par un ou plusieurs officiers publics compétents, eu égard à la nature des faits à constater et au lieu dans lequel l'acte est passé (art. 1317 C. civ.). Ainsi, par exemple, sont authentiques les actes des notaires, des officiers de l'état civil, des greffiers, des huissiers. Le procès-verbal de conciliation rédigé par le greffier au nom du juge de paix est aussi authentique, mais il n'est pas revêtu de la formule exécutoire, comme on l'a vu précédemment. Il faut accorder le même caractère d'authenticité à l'ordonnance de conciliation rendue par le président, en vertu de

l'article 16 de la loi du 9 août 1898, au profit de l'ouvrier victime de l'accident et demandeur en dommages-intérêts. La loi n'a pas dit si cette ordonnance peut ou non être revêtue de la formule exécutoire ; il semble cependant qu'elle doive l'être et il en est ainsi en pratique lorsque l'ordonnance constate une conciliation. Il a fallu un texte pour retirer au greffier le droit de placer la formule exécutoire sur le procès-verbal de conciliation ordinaire, et ce texte n'existe pas dans la loi du 9 août 1898. C'est qu'en effet il faut se garder de confondre les actes authentiques avec les actes exécutoires. Ces derniers sont revêtus d'une formule qui n'existe pas sur les autres et qui permet de recourir aux voies d'exécution forcée pour obtenir satisfaction. Sont seules exécutoires les grosses des actes notariés et celles des jugements (loi du 25 ventôse, art. 19 ; art. 547 C. pr.). Aussi peut-on dire que tous les actes exécutoires sont nécessairement authentiques, mais on voit que la réciproque est loin d'être vraie, puisqu'aucun des actes authentiques, autres que ceux des notaires et les jugements, n'est revêtu de la formule exécutoire.

La loi attache aux actes authentiques une présomption de vérité, en vertu de laquelle ils font foi, non seulement entre les parties, leurs héritiers et ayants cause, mais même au regard des tiers, des faits que l'officier public a reçus et avait omission de constater. Il y a plus : la loi attache cette présomption de sincérité non seulement à l'acte qui est vraiment authentique, mais même à celui qui se présente avec cette apparence, bien qu'il soit l'œuvre d'un faussaire. On commence par présumer, même dans ce cas, que l'acte émane d'un officier public et qu'il contient la vérité ; le faux ne saurait se présumer, par cela même qu'il peut constituer un crime des plus graves. Il en résulte aussi que toute personne qui présente un acte authentique à l'appui de sa prétention, administre sa preuve (1). Si cependant son adversaire prétend que l'acte est faux en totalité ou en partie, il peut en faire la preuve, mais il doit alors s'engager dans une procédure spéciale, celle du faux incident civil (art. 214 et suiv. C. pr.), pour faire tomber la présomption de vérité attachée à tout acte authentique.

Il est bien évident qu'un acte sous seing privé peut être entaché de faux comme un acte authentique. Aussi cette procédure du faux incident civil peut-elle être également employée pour prouver la fausseté d'un acte sous seing privé.

Mais, quant à la force probante, les actes sous seing privé sont bien différents des actes authentiques. La loi n'oblige pas en effet les parties à constater leurs accords par le ministère des notaires, qui est, en principe, facultatif et ne devient, par exception, obligatoire que dans quelques cas particuliers, le plus souvent à l'occasion d'actes solennels, tels que les donations, les contrats de mariage, les constitutions d'hypothèque. Les particuliers peuvent donc rédiger par eux-mêmes leurs conventions. Ces actes sous seing privé sont valables à la seule condition d'être signés des parties ; la signature est à la fois nécessaire et suffisante. Il n'y a exception à cette règle que dans

(1) Aubry et Rau, 4e éd., t. VIII, p. 209, § 755 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 282 *bis*, nos II et III.

certains cas, notamment pour la constatation des contrats synallagmatiques, pour les billets contenant engagement de payer une somme d'argent ou autre chose de nature fongible (art. 1325 et 1326 C. civ.). Mais, si tout acte sous seing privé tient sa force des signatures des parties (1), il n'y a cependant aucune raison pour préférer l'une des parties à l'autre, lorsque la première affirme et la seconde conteste la sincérité de l'acte. Aussi l'acte sous seing privé ne fait-il foi entre les parties et leurs ayants cause qu'autant qu'elles en reconnaissent la sincérité, et même dans ce cas, au regard des tiers et à la différence de l'acte authentique, il ne fait pas foi de sa date, à moins qu'on ne se trouve dans l'un des cas de l'article 1328 du Code civil.

Si l'une des parties conteste la sincérité de l'acte sous seing privé, alors cet acte ne fait même plus foi entre elles ou leurs ayants cause. Il n'y a plus ici, en effet, aucune raison pour attacher une présomption de sincérité à l'acte, puisqu'il a été rédigé, non plus par un officier public, mais par deux particuliers. Aussi, en cas de contestation sur la sincérité d'un acte sous seing privé, c'est à celui qui prétend cet acte sincère à en faire la preuve au moyen d'une procédure spéciale appelée vérification des écritures (art. 193 C. pr.), tandis que s'il s'agissait d'un acte authentique, ce serait à celui qui prétendrait cet acte entaché de faux d'en faire la preuve.

Cette preuve par écrit, résultant des actes authentiques ou sous seing privé, est de droit commun en matière civile; la preuve par témoins est exceptionnelle dans notre droit et la loi ne l'autorise que dans certains cas déterminés. Le législateur s'est inspiré de l'esprit de l'ordonnance de Moulins de 1566 (art. 54) et de l'ordonnance de 1667 (tit. XX, art. 2) qui redoutaient les subornations de témoins, surtout dans les affaires les plus importantes, et ne voulaient pas non plus que des intérêts considérables pussent être compromis par des témoins, même de bonne foi, mais dont la mémoire pouvait être très vacillante. Aussi, ces ordonnances n'autorisaient la preuve par témoins que jusqu'à concurrence de 100 livres « pour une fois payer » dans tous les cas où il est possible aux parties de dresser écrit. Le Code civil a maintenu cette prohibition de la preuve testimoniale (art. 1341); il ne la permet que par exception jusqu'à 150 francs. Il ne faudrait pas croire qu'en élevant de 100 livres à 150 francs la somme jusqu'à concurrence de laquelle la preuve peut être faite par témoins, le législateur ait permis le témoignage plus souvent aujourd'hui qu'autrefois. La somme de 150 francs représente de nos jours une valeur bien inférieure à celle qu'exprimaient 100 livres aux XVI[e] et XVII[e] siècles. On doit donc dire que, de nos jours, la preuve par témoins est encore plus restreinte en matière civile qu'elle ne l'était autrefois. Il y aurait d'autant plus lieu de modifier la législation sur ce point et d'ouvrir plus largement la preuve testimoniale, comme l'a fait la législation italienne qui l'autorise jusqu'à concurrence de 500 livres, qu'on n'a plus à redouter de nos jours une nouvelle apparition de cette scandaleuse profession qui consistait autrefois à mettre son témoignage aux enchères et à déposer sur des faits dont on n'avait aucune connaissance personnelle.

(1) Une personne qui ne saurait pas signer devrait nécessairement recourir au ministère du notaire.

Bien que la preuve testimoniale se présente dans notre droit avec un caractère exceptionnel, elle reçoit cependant encore application dans un assez grand nombre de cas. Et d'abord, comme on vient de le voir, elle est toujours autorisée jusqu'à concurrence de 150 francs (art. 1341 C. civ.). D'un autre côté, aujourd'hui comme autrefois, la preuve testimoniale est admise sans aucune limite et quelle que soit la valeur du procès en matière commerciale (art. 1341 C. civ.; art. 109 et 409 C. com.). En troisième lieu, la preuve par témoins est aussi permise sans restriction, même en matière civile, toutes les fois qu'il existe un commencement de preuve par écrit, c'est-à-dire un acte émané de celui contre lequel la demande est formée et qui rend vraisemblable le fait allégué (art. 1347 C. civ.). Enfin la preuve par témoins est encore ouverte à quiconque s'est trouvé dans l'impossibilité de se procurer un écrit (art. 1348 C. civ.). Ainsi un créancier pourra le plus souvent faire sa preuve par témoins si sa créance est née d'un délit ou d'un quasi-délit ou d'une gestion d'affaires. Mais s'il agit en restitution du paiement de l'indu, il n'en a pas le droit, car il a pu et dû se procurer une quittance de la somme qu'il a payée à tort. La preuve par témoins sera également autorisée s'il est établi que le titre écrit a été perdu ou volé ou détruit.

Dans tous ces cas, l'audition des témoins a lieu au moyen d'une procédure spéciale appelée enquête et qui varie suivant que l'affaire est ordinaire ou sommaire (art. 252 et suiv., art. 407 et suiv. C pr.).

Lorsqu'une personne ne peut invoquer à l'appui de sa prétention ni écrits authentiques ou sous seing privé, ni dépositions de témoins, son droit est singulièrement compromis; il ne reste plus à sa disposition que des moyens dépendant de la bonne foi de son adversaire; ce sont l'aveu et le serment. Nous ne discuterons pas la question subtile et inutile de savoir si l'aveu et le serment sont des preuves ou s'ils ne constituent pas plutôt des dispenses de la preuve. Pour nous, l'aveu est une véritable preuve dans le sens large de ce mot. Quant au serment, il a une nature toute particulière, car nous verrons qu'il s'impose au juge, même contre sa conviction. Quoi qu'il en soit, la loi offre à la partie qui espère obtenir de son adversaire un aveu en justice deux procédures: la comparution personnelle (art. 119 C. pr.) et l'interrogatoire sur faits et articles (art. 324 et suiv. C. pr.). Il existe aussi une procédure spéciale pour la prestation du serment: elle fait l'objet des articles 120 et 121 qui seraient mieux placés, ainsi que l'article 119, partout ailleurs qu'au titre des jugements. Le serment litisdécisoire déféré par l'une des parties à l'autre et duquel dépend l'issue du procès ne constitue pas, d'après l'opinion la plus généralement répandue, un moyen de preuve ni même une présomption légale. En autorisant les parties à se déférer réciproquement un serment litisdécisoire, la loi a entendu leur donner le moyen, dit-on, de couper court au procès sans preuve ni instruction. Lorsqu'une partie use de ce moyen, il se fait entre les plaideurs une sorte de transaction conditionnelle. Cette idée de transaction conditionnelle n'est pourtant pas exacte, car qui dit convention dit aussi consentement réciproque des parties. Or, ici, chaque plaideur n'offre pas seulement le serment à son adversaire, il le lui impose et, qu'il y consente ou non, cet adversaire doit le prêter pour gagner

le procès; s'il le refuse, il perd (1). Aussi vaut-il mieux faire rentrer le serment parmi certaines présomptions, celles qui dispensent de toute preuve.

Il y a en effet des cas assez nombreux dans lesquels une partie est relevée de la charge de la preuve : c'est ce qui se produit toutes les fois que la loi établit une présomption légale, c'est-à-dire tient précisément un fait pour établi. Parmi les présomptions légales, les unes ne peuvent même pas être combattues par la preuve contraire, tandis qu'il est permis de détruire les autres au moyen de cette preuve; on appelle, dans un latin assez barbare, les premières présomptions *juris et de jure*, et les secondes présomptions *juris tantum*. Les présomptions absolues sont celles qui existent vis-à-vis de tous et les présomptions relatives celles qui produisent effet seulement entre certaines personnes. Il faut bien se garder de confondre ces deux divisions des présomptions légales : une présomption absolue peut être *juris tantum* et une présomption relative *juris et de jure*. Ainsi, la présomption de vérité attachée à la chose jugée n'admet pas la preuve contraire une fois que les délais des voies de recours sont expirés, ni en matière criminelle, ni en matière civile; mais cette même présomption est absolue en matière criminelle où elle existe vis-à-vis de tous, tandis qu'elle est relative au civil où elle ne produit effet qu'entre les parties au procès et ceux qu'elles y ont représentés. En matière de filiation, la présomption relative à la durée des grossesses et la présomption de paternité du mari sont l'une et l'autre absolues, mais la première ne peut pas être combattue par la preuve contraire, tandis que la seconde peut être détruite par une action en désaveu.

Il ne faut pas confondre avec ces présomptions légales celles qu'on appelle présomptions du fait de l'homme. Ces dernières peuvent résulter de toutes sortes de faits et sont abandonnées à l'appréciation des magistrats; ils ne doivent les admettre que dans les cas où la preuve testimoniale est autorisée et à la condition qu'elles soient graves, précises et concordantes (art. 1353 C. civ.).

Lorsqu'une partie ne parvient pas à prouver sa prétention et n'est pas dispensée de la preuve par une présomption légale, le devoir du juge est de ne tenir aucun compte de ses allégations. D'une manière plus précise, si le demandeur ne prouve pas son droit, le défendeur doit être absous, et si le défendeur ne prouve pas ses moyens de défense, le demandeur qui a établi son droit doit l'emporter. Le juge ne peut plus dire, comme autrefois à Rome, *mihi non liquet* (2). Aujourd'hui, il y aurait déni de justice. Dans notre ancien droit, quelques jurisconsultes proposaient qu'à défaut de preuve on tranchât le différend par moitié, ce que Cujas appelait un *judicium anile*. Une pareille solution n'est plus qu'une curiosité historique, comme la décision du juge royal de Melle qui rendit le célèbre jugement des buchettes (3).

Un des principes les plus essentiels de notre droit moderne est de laisser

(1) A moins qu'il ne s'agisse d'un fait commun aux deux parties, auquel cas il a le droit de le référer et de mettre celui qui le lui avait déféré dans la nécessité de le prêter ou de succomber.

(2) Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, liv. XIV, chap. II.

(3) Voy. Boncenne. t. II, p. 494.

le juge se déterminer par son intime conviction. Ce principe remplace l'ancien système connu sous le nom de théorie de la preuve légale, parce qu'alors la preuve résultait nécessairement de la réunion d'un certain nombre de conditions, quelle que fût l'opinion du juge. Ainsi, un seul témoin ne faisait pas preuve complète, bien que sa déposition eût produit le plus grand effet sur l'esprit du magistrat; mais dès que deux témoins étaient d'accord, la loi voulait que la preuve fût considérée comme faite, même si les doutes agitaient encore la conscience du juge. Il n'est pas nécessaire d'insister pour relever la supériorité du système actuel sur celui des preuves légales. Ce qui est essentiel, c'est de connaître sa portée et les restrictions qu'il comporte.

Si le juge ne se détermine plus que par son intime conviction, c'est à la condition cependant qu'il ne s'attache qu'aux faits invoqués par les parties dans la cause. Il est encore vrai de dire aujourd'hui : *Judex secundum allegata et probata judicare debet.* C'est la conséquence de ce que les parties sont maîtresses du procès; le juge ne peut rien y ajouter ni en retrancher, à moins que l'ordre public ne soit intéressé. Il en résulte que si le juge a la connaissance absolument certaine, mais d'une manière extérieure, par exemple par des relations d'amitié, d'un fait de nature à prouver la prétention d'une partie et à lui donner gain de cause, il ne peut pourtant pas se déterminer d'après ce fait s'il n'est pas produit au procès par la partie au profit de laquelle il existe, ou si cette partie ne parvient pas à en faire la preuve (1).

Sous le rapport de la procédure, la liberté du juge est également limitée : le juge doit exiger que les preuves soient faites devant lui, d'après les procédures organisées par la loi (2) à cet effet et que nous allons étudier. Il ne peut pas admettre d'autres procédures ni invoquer dans son jugement, comme moyen de décider, des faits qui n'ont pas été prouvés dans les formes prescrites par la loi (3).

Enfin, il y a un cas dans lequel on ne tient aucun compte de la conviction du juge et où la loi lui impose la solution : c'est celui où une des parties a déféré le serment litisdécisoire à l'autre. La solution du procès dépend alors uniquement de la prestation du serment ou de son refus : le juge est obligé de donner gain de cause à celui qui a prêté le serment ou, en cas de refus, à celui qui l'a déféré, alors même que sa conviction serait absolument en sens contraire.

## § 83. — **Vérification d'écritures** (art. 193 à 214 C. pr.).

La vérification d'écritures est l'examen fait en justice d'un acte sous seing privé, à l'effet de constater s'il a été réellement signé par la personne à laquelle il est attribué. Cette procédure a été empruntée à l'ordonnance de 1667 (tit. XII), complétée par un édit de décembre 1684 et par l'ordonnance de 1737 sur le faux. Auparavant, la plus grande diversité et même la confu-

(1) Civ. cass., 10 août 1886 et 3 août 1887, D. P. 87, 5, 551.

(2) Civ. cass., 31 décembre 1878, S. 79, 1, 463; civ. cass., 25 mai 1886, D. P. 86, 1, 488; civ. cass., 24 novembre 1886, D. P. 86, 1, 488; Limoges, 14 mars 1894, S. 97, 2, 49.

(3) Il peut en tenir compte officieusement, à la condition de n'en rien dire dans son jugement, comme nous le verrons dans la suite.

sion régnaient un peu partout. Nous avons vu que l'acte sous seing privé ne produit entre les parties, leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique, qu'à la condition d'avoir été reconnu par celui à qui on l'oppose ou d'être légalement tenu pour reconnu (art. 1322 C. civ.). Lorsque cet écrit sous seing privé n'est pas reconnu sincère par la partie à laquelle on l'oppose, l'adversaire doit recourir à la vérification d'écritures pour en établir cette sincérité. Toutefois, ici une distinction s'impose, et qui résulte du but même en vue duquel la vérification d'écritures a été organisée: cette procédure a pour objet de rechercher si l'écriture émane bien de la partie à laquelle on l'attribue. La vérification d'écritures est donc nécessaire toutes les fois que le plaideur invoque la partie de l'acte qui doit être écrite de la main de son adversaire, lequel dénie ou méconnaît son écriture. Ainsi on recourra à cette procédure pour établir la sincérité de la signature (1), celle du bon pour, exigée dans les reconnaissances unilatérales de dettes d'argent ou autres choses fongibles, la sincérité des mentions mises en marge ou au dos et des papiers de famille non signés. Mais si la difficulté porte sur le nombre des exemplaires originaux, lequel doit être constaté dans les actes sous seing privé relatant des conventions synallagmatiques, sur les indications des registres des commerçants qui font foi, même lorsqu'elles ne sont pas de la main de la partie, il ne peut plus être question de vérification d'écritures et la charge de la preuve incombe à celui qui conteste la sincérité de la mention ou du registre, et non pas à celui qui l'affirme, car l'erreur et la fraude ne se présument pas. Cette preuve se fera d'une manière quelconque, notamment au moyen d'une enquête.

Celui auquel on oppose un acte sous seing privé dont on lui attribue l'écriture ou la signature est obligé de reconnaître ou de dénier formellement son écriture ou sa signature. Ses héritiers ou ayants cause à titre particulier peuvent au contraire se contenter de déclarer qu'ils ne reconnaissent pas l'écriture ou la signature de leur auteur (art. 1323 C. civ.). Il faut donc bien se garder de confondre la dénégation avec la méconnaissance de l'écriture. La dénégation ne peut être faite que par celui auquel l'écriture ou la signature est attribuée et elle résulte d'une déclaration qu'il n'a ni écrit ni signé l'acte. La méconnaissance ne peut au contraire émaner que de l'héritier ou ayant cause de la personne à laquelle l'acte est attribué ; elle consiste dans une déclaration de la partie qu'elle ne connaît pas ou ne reconnaît pas la signature de son auteur.

Celui qui dénie sa signature ne peut pas être de bonne foi ; celui qui méconnaît la signature de son auteur peut être de bonne foi en disant qu'il ne sait pas si l'écriture ou la signature qu'on lui oppose est bien celle de son auteur.

La procédure en reconnaissance ou en vérification d'écritures suppose nécessairement qu'il s'agit d'un acte sous seing privé ; pour les actes authentiques il n'existe qu'une procédure, celle du faux, à l'effet d'établir qu'ils ne sont pas conformes à la vérité. Les testaments olographes étant des actes sous seing privé peuvent être l'objet d'une vérification d'écritures. On a

(1) La signature apposée par un peintre avec son pinceau, au bas d'une de ses œuvres, pourrait donner ouverture à la procédure de vérification d'écritures si sa sincérité était contestée ; *contra* trib. de la Seine, 8 février 1897, D. P. 98, 2, 358.

parfois décidé qu'en pareil cas la charge de la preuve n'incombe pas au légataire universel qui a été envoyé en possession et précisément parce qu'il jouit de la saisine, mais à l'héritier qui dénie l'écriture attribuée au défunt (1). En donnant cette solution, on paraît perdre de vue le principe fondamental de notre procédure, à savoir qu'en matière d'acte sous seing privé la preuve incombe à celui qui prétend l'acte sincère.

En second lieu, la procédure de vérification suppose aussi, comme on l'a déjà vu, que la sincérité de l'écriture ou de la signature est contestée.

L'aveu ou la reconnaissance de l'écriture dispense nécessairement de la vérification, car elle est une preuve bien plus certaine que celle qui pourrait résulter de notre procédure.

Or, lorsqu'une pièce privée est produite dans le cours d'une contestation comme base de la demande, la partie qui la produit est, par cela même, censée en demander l'aveu à la partie adverse, et, si celle-ci ne déclare pas qu'elle la dénie ou méconnaît, elle est censée la reconnaître. C'est qu'en effet il n'est pas toujours nécessaire, quand on veut se servir d'un acte sous seing privé, de commencer par assigner l'adversaire en reconnaissance d'écriture. On peut conclure directement au paiement ou à toute autre exécution de l'obligation, sans conclure préalablement à la reconnaissance de l'acte écrit. Il est vrai qu'autrefois, aux termes de l'édit de 1684, on ne pouvait obtenir en justice l'exécution d'une obligation constatée par acte sous seing privé sans avoir préalablement assigné l'adversaire en reconnaissance d'écriture. Mais le code n'a pas reproduit cette disposition et il est naturel qu'il n'ait pas exigé le préalable d'une procédure certainement inutile, quand l'adversaire ne paraît pas disposé à contester la sincérité de l'écrit. C'était déjà autrefois la règle en matière commerciale, d'après une déclaration de 1703, et le Code de procédure a préféré la pratique commerciale plus rapide à la pratique civile qui entraînait des lenteurs inutiles. D'un autre côté, par exception, malgré la reconnaissance de l'écriture, le tribunal peut d'office ordonner la vérification si l'ordre public est intéressé ou si cette reconnaissance est de nature à nuire à un incapable.

En troisième lieu, la vérification d'écritures suppose que l'allégation de la partie qui produit l'écrit comme aussi la dénégation ou la méconnaissance de celle à laquelle on l'oppose ne sont pas dénuées de toute vraisemblance. Ainsi le tribunal peut d'emblée rejeter l'écrit, si l'on attribue un corps d'écriture tracé avec une perfection remarquable à une personne qui, de notoriété publique, ne sait pas écrire et, d'une manière plus générale, toutes les fois que sa conviction est déjà faite ou bien encore si la demande de vérification ou la dénégation n'est qu'une fraude dilatoire (2). En sens inverse, les juges peuvent tenir l'acte immédiatement pour vrai, si sa sincérité leur semble constatée par d'autres faits constants au procès (3).

(1) Lyon, 19 juin 1886 et Amiens, 23 juin 1886, S. 86, 2, 247; Chambéry, 20 novembre 1888, S. 89, 2, 237; Bordeaux, 5 avril 1897, S. 97, 2, 267; *contra* Agen, 12 mars 1897, S. 97, 2, 267 et la majorité des auteurs cités sous ces deux arrêts.

(2) Req., 21 juin 1876, D. P. 77, 1, 263; req., 9 janvier 1878, D. P. 78, 1, 311; Pau, 28 mai 1888, D. P. 89, 2, 264.

(3) Lyon, 30 mars 1897 D. P. 97, 2, 385; Paris, 24 juin 1897, S. 97, 2, 272.

On a soutenu et on juge encore aujourd'hui que le tribunal est obligé d'ordonner la vérification d'écritures, même d'office, dès que l'une des parties dénie ou méconnaît la sincérité de l'écriture (1). On se fonde, pour donner cette solution, sur le texte de l'article 1324 du Code civil qui paraît impératif, mais qui, en réalité, n'a pas pour objet de trancher directement notre question : il se propose seulement d'indiquer, d'une manière générale, la procédure à suivre lorsqu'un acte sous seing privé est dénié ou méconnu. Au contraire, notre article 195, au titre de la vérification d'écritures, décide bien nettement que cette procédure est toujours facultative pour les juges (2).

D'ailleurs, on laisse en dehors de cette controverse le cas où il est possible d'écarter d'une manière plus simple l'acte du procès. Tel est le cas où on prétend que l'acte, ou le contrat qui le constate, est entaché d'une nullité facile à établir. A quoi bon prouver en pareil cas la sincérité de cet acte, puisque, même pour le cas où il serait établi, elle ne produirait pas d'effet?

La demande en reconnaissance ou, en cas de dénégation, en vérification d'écritures peut être principale ou incidente, suivant qu'elle fait l'objet même de tout le procès, ou qu'elle surgit au cours d'une contestation déjà engagée, ce qui est le cas le plus fréquent. En fait, on agit toujours en reconnaissance d'écritures et subsidiairement en vérification, car cette action en vérification suppose que le défendeur a nié ou méconnu, ce que le demandeur ne peut pas savoir au moment où il agit. En outre, la demande incidente en reconnaissance peut être souvent tacite : c'est ce qui se produit toutes les fois qu'au cours d'un procès une partie oppose à son adversaire un acte sous seing privé qu'elle lui attribue; elle le met, par cela même, en demeure de dénier ou de reconnaître.

Une partie peut avoir ainsi intérêt à faire reconnaître ou vérifier par voie principale ou incidente un acte à plusieurs points de vue.

1° Lorsque le créancier agit en paiement, il est soumis aux règles du droit commun de la procédure ordinaire ou sommaire ; s'il agit en vérification d'écritures de l'acte sous seing privé constatant sa créance échue, il semble théoriquement qu'il soit mieux traité, parce qu'il jouit du bénéfice d'une procédure spéciale dispensée de la tentative de conciliation, dans laquelle il peut, sans la permission du président, assigner à bref délai et dont l'instruction est toujours sommaire, l'affaire étant présumée requérir célérité ; mais, en fait, cette procédure n'est ni plus rapide, ni moins coûteuse que celle du droit commun.

2° Si la dette n'est pas échue, le créancier ne peut pas en demander le paiement, mais si elle est constatée par sous seing privé, il a droit d'agir, dès maintenant, en reconnaissance ou en vérification d'écritures et il peut avoir grand intérêt à procéder ainsi, s'il craint que plus tard l'écrit ne soit contesté ou méconnu par les héritiers de son débiteur et s'il a actuellement à sa disposition des preuves de sa sincérité qui pourraient avoir disparu à la date de l'échéance.

3° L'acte reconnu ou vérifié a la même foi que l'acte authentique entre les parties et leurs ayants cause (art. 1322 C. civ.).

(1) Civ. cass., 1er mai 1872, S. 72, 1, 237; req., 29 janvier 1894, D. P. 94, 1, 160.

(2) Req., 21 juin 1876, S. 77, 1, 104; req., 20 juin 1894, D. P. 94, 1, 439; Paris, 24 juin 1897, S. 97, 2, 272.

4° La demande en reconnaissance ou vérification d'écritures d'une dette échue permet d'obtenir plus promptement, dans certains cas, une hypothèque judiciaire que si on réclamait le paiement, précisément parce que la vérification d'écritures est soumise à une procédure particulière plus rapide que celle du droit commun. C'est encore là une vérité plus théorique que pratique.

Mais ici il fallait prévoir un danger, pour le cas où le créancier agirait, longtemps avant l'échéance de la dette, en reconnaissance ou en vérification de l'écrit qui la constate. Si ce jugement reconnaissant la sincérité de l'écrit d'une dette à échoir conférait au créancier une hypothèque produisant tout de suite effet, rien ne lui serait plus facile que de se donner à lui-même cette garantie sans le consentement ou même contre le gré de son débiteur : il lui suffirait d'agir contre lui en reconnaissance d'écritures et d'obtenir jugement. Mais une loi du 3 septembre 1807 a décidé que, dans ces circonstances, le jugement constatant la sincérité de la signature produira une hypothèque qui ne pourra être inscrite qu'à l'échéance de cette dette, à moins de convention contraire entre les parties. Il en résulte que si à tort le créancier inscrivait l'hypothèque avant l'échéance, cette hypothèque ne prendrait pourtant rang qu'à l'échéance, sauf convention contraire. Le débiteur n'a pas le droit de se plaindre de ce qu'une hypothèque soit inscrite sur ses immeubles, du moment qu'il ne paie pas une dette qui est échue. Il est assez intéressant de constater que cette hypothèque résultant des jugements de reconnaissance d'écritures de dettes à échoir est, à différents points de vue, à la fois légale, judiciaire et conventionnelle : légale, en ce que c'est la loi qui l'attache à ces jugements ; judiciaire, en ce qu'elle est la sanction du jugement ; conventionnelle, dans la mesure où il est permis aux parties de stipuler que cette hypothèque pourra être inscrite avant l'échéance de la dette (1).

Les tribunaux civils sont seuls compétents pour connaître des demandes en vérification d'écritures principales ou incidentes. La vérification d'écritures peut être demandée, comme tous les moyens de preuve, même pour la première fois en cause d'appel ; mais il est bien évident que la partie qui a reconnu l'acte en première instance, d'une manière expresse ou tacite, ne peut plus contester en appel (2). Lorsqu'un acte sous seing privé est dénié ou méconnu devant un juge de paix ou devant un tribunal de commerce, ces juridictions n'en peuvent pas connaître : elles doivent renvoyer cet incident au tribunal civil (art. 14 et 427 C. pr.). Il y a plus : dans les arrondissements où le tribunal civil juge les affaires commerciales, si une vérification d'écritures se présente à son audience commerciale, il doit la renvoyer à son audience civile, et il ne s'agit pas là d'une simple question de mots, car, à cette audience civile, l'incident sera instruit avec le ministère des avoués (3).

(1) Les avoués emploient quelquefois ce moyen de la demande en vérification d'écritures lorsque leurs clients sont d'accord et pour donner l'authenticité à un titre sous seing privé ou pour conférer hypothèque au créancier sans avoir recours au ministère du notaire ; ils arrivent, en effet, au même but sans beaucoup plus de frais, et l'hypothèque est générale au lieu d'être spéciale.

(2) Req., 10 avril 1855, D. P. 55, 1, 145.

(3) *Contra* Poitiers, 16 novembre 1892, D. P. 94, 2, 69.

D'ailleurs, le juge de paix et le tribunal de commerce ont le droit de rechercher si la demande en vérification d'écritures n'est pas frustratoire ou frauduleuse, et, si elle avait ce caractère, ils pourraient l'écarter d'emblée sans la renvoyer devant le tribunal civil (1). Mais, dans les autres cas, le renvoi est obligatoire. La loi n'a pas voulu que les tribunaux de commerce et les juges de paix connaissent des vérifications d'écritures, à cause de l'absence du ministère public dans ces juridictions, et alors que la vérification d'écritures peut amener la découverte d'un faux.

Que la vérification d'écritures soit principale ou incidente, la procédure est la même dans les deux cas, sauf que l'exploit d'ajournement à bref délai qui ouvre la vérification d'écritures principale est remplacé par un simple acte d'avoué à avoué, si cette procédure est incidente. Dans les articles consacrés à la vérification d'écritures, le législateur suppose toujours qu'elle est principale, bien qu'en fait et dans la pratique elle soit le plus souvent incidente; il a subi l'influence de l'édit de 1684. Sous l'empire de cet édit, comme il a été dit, on ne pouvait obtenir en justice l'exécution d'obligations constatées par des actes sous seing privé, sans avoir préalablement assigné l'adversaire en reconnaissance d'écritures; seulement, une déclaration de 1703 avait autorisé, en matière d'effets de commerce, « à obtenir condamnation sur de simples assignations dans la manière ordinaire, sans qu'au préalable il fût nécessaire de procéder en reconnaissance, sinon au cas que le défendeur déniât la vérité des actes ». Il est certain qu'aujourd'hui on peut toujours assigner directement en exécution d'obligations constatées sous seing privé. Le Code de procédure n'a pas reproduit la restriction de l'édit de 1684, et c'est ce qui fait qu'ordinairement la demande en vérification d'écritures sera incidente. D'un autre côté, s'il est vrai que le demandeur en vérification d'écritures se prétend le plus souvent créancier, cependant il n'en est pas nécessairement ainsi, et, à vrai dire, cette procédure peut se présenter dans les circonstances les plus diverses. Par exemple, un débiteur qui a retiré de son créancier une quittance sous seing privé peut assigner son ancien créancier ou ses héritiers en reconnaissance d'écritures. De même, il arrive quelquefois que le demandeur à la vérification d'écritures invoque un droit réel constaté par l'acte sous seing privé (2).

Celui-là est demandeur à la vérification d'écritures qui prétend l'acte sincère ; le défendeur est celui à qui l'acte est opposé ; peu importe, si la vérification d'écritures est incidente, quel est le rôle de l'un et de l'autre dans l'affaire principale. Il peut aussi très bien arriver que le défendeur au principal soit demandeur à la vérification d'écritures incidente. C'est ce qui se produira si, à l'action en paiement intentée par le créancier, le défendeur répond qu'il a payé et présente une quittance de ce créancier qui dénie ou méconnaît la signature de la quittance. Si celui qui a payé comme débiteur soutient ensuite que l'acte par lequel il était constitué débiteur n'émanait

(1) Aix, 22 février 1870, D. P. 70, 2, 190.

(2) Il a été plusieurs fois jugé qu'il est permis d'agir en vérification d'écritures pour essayer de connaître l'auteur d'une lettre anonyme qui peut être la cause d'un quasi-délit et donner lieu à des dommages-intérêts. Voy. Douai, 8 février 1879, S. 80, 2, 285 ; Toulouse, 5 août 1882, S. 83, 2, 11.

pas de lui, ce serait à lui à prouver cette allégation, et ici le créancier ne serait pas obligé de recourir à la vérification d'écritures, car le paiement fait par celui qui l'a acquitté comme débiteur implique de sa part reconnaissance de l'écrit, et c'est à lui maintenant à combattre cette présomption par la preuve contraire.

La demande en vérification d'écritures, principale et introductive d'instance, est dispensée de tentative de conciliation, parce que la loi la considère comme requérant célérité (art. 49 C. pr.). Par la même raison, on assigne ici à trois jours sans qu'une permission du juge soit nécessaire (art. 193 C. pr.). Le délai de trois jours pourrait lui-même être abrégé si l'affaire requérait une excessive célérité, par exemple s'il y avait urgence, à cause de l'insolvabilité du débiteur, d'inscrire l'hypothèque judiciaire résultant du jugement de vérification. Mais alors, pour abréger ce délai ordinaire de trois jours, il faudrait la permission du juge.

Il n'y a rien à dire au sujet de l'acte qui ouvre cette procédure, ajournement ou acte d'avoué à avoué, suivant que la vérification est principale ou incidente; on leur applique les formes de droit commun. Remarquons seulement que même si la vérification d'écritures est incidente, il faut donner aussi au défendeur le délai de trois jours. Mais, dans ce cas, ce délai n'est pas franc, précisément parce qu'il n'a pas pour point de départ une signification à personne ou domicile, tandis que dans la vérification d'écritures principale il commence à partir de l'ajournement à personne ou domicile et est, par cela même, franc.

Lorsque le défendeur à la vérification d'écritures fait défaut, l'article 194 du Code de procédure oblige le tribunal à tenir l'écrit pour reconnu. C'est là une remarquable dérogation au droit commun. En règle générale, en effet, en cas de défaut les conclusions du demandeur ne lui sont adjugées qu'autant qu'elles sont reconnues justes et ont été vérifiées. D'un autre côté, en matière d'enquête, lorsque le défendeur fait défaut, le tribunal peut tenir les faits pour reconnus et sans y être obligé; la loi n'est plus impérative. C'est qu'en effet une simple articulation de faits dont une partie offre la preuve par témoins ne présente pas la même gravité qu'un acte sous seing privé. D'ailleurs, le jugement qui tient la pièce pour reconnue étant par défaut, le défendeur a toujours le droit d'y faire opposition. On admet cependant généralement que le tribunal n'est plus tenu de considérer l'écrit comme reconnu s'il s'agit d'une affaire qui intéresse l'ordre public, ou dans laquelle la reconnaissance implicite de l'acte serait de nature à nuire à un incapable. La première solution nous paraît certaine, la seconde est contestable, surtout s'il s'agit d'un incapable qui a un représentant nécessairement responsable.

Lorsque le demandeur met en cause plusieurs défendeurs, parmi lesquels les uns comparaissent et les autres, font défaut, il faut distinguer suivant que tous ces défendeurs ont signé l'acte ou qu'il s'agit des héritiers du signataire originaire. Dans le premier cas, il n'y a pas lieu au défaut profit joint, car il s'agit, en réalité, d'autant de causes différentes qu'il y a de défendeurs. Certains auteurs prétendent que, dans le second cas, c'est-à-dire si parmi les héritiers du signataire les uns comparaissent et les autres font défaut, il n'y a pas non plus lieu à défaut profit joint, lorsque les comparants reconnaissent

l'écrit, parce que les défaillants sont considérés comme avouant aussi sa sincérité par leur défaut même, mais qu'il en serait autrement si les comparants méconnaissaient la signature. A notre avis, cette distinction n'est pas fondée et le tribunal doit, dans tous les cas, rendre un jugement par défaut profit joint, même si les héritiers comparants reconnaissent la sincérité de l'écrit, car à défaut de jugement profit joint les défaillants auraient le droit de faire opposition, et sur cette opposition qui anéantirait leur reconnaissance tacite le tribunal pourrait rendre à leur profit un jugement en sens contraire du premier, ce qui serait d'autant plus fâcheux que, dans les deux jugements, il s'agirait de la même écriture (1).

Le demandeur, qui a obtenu un jugement par défaut tenant l'écriture pour reconnue, peut de suite, si sa créance est échue, prendre inscription, même avant l'expiration du délai de huitaine, durant lequel l'article 155 du Code de procédure interdit l'exécution des jugements par défaut, car l'inscription d'une hypothèque est un acte conservatoire et non un acte d'exécution.

Supposons maintenant que le défendeur comparaisse. S'il reconnait l'écriture il n'y a pas procès ; le demandeur obtient un jugement qui lui donne acte de l'aveu. Mais on se souvient que si la dette n'est pas échue, le créancier ne peut pas inscrire l'hypothèque judiciaire résultant du jugement avant l'échéance (loi du 3 septembre 1807), à moins que le contraire n'ait été convenu entre les parties. Cependant il est deux cas, d'après les auteurs, où, nonobstant l'aveu de la partie à laquelle l'acte est opposé, la vérification peut être ordonnée : si l'ordre public est intéressé ; si la reconnaissance doit nuire à un incapable. Nous avons déjà rencontré ces deux cas à propos du jugement par défaut qui doit tenir l'acte pour reconnu et nous ne pouvons que répéter les mêmes observations.

Aux termes de l'article 193 du Code de procédure, lorsque le défendeur reconnaît sa signature, tous les frais, même ceux de l'enregistrement de l'écrit sont à la charge du demandeur. Mais cette disposition a été modifiée par l'article 2 de la loi du 3 septembre 1807, pour le cas où la procédure est introduite avant l'échéance de la dette. Dans ce cas, les frais du jugement ne peuvent être répétés contre le débiteur s'il a reconnu sa signature ; ces frais restent à la charge du créancier. C'est aussi lui qui supporte le coût de l'enregistrement de l'acte, mais il a le droit de le répéter à l'échéance contre le débiteur, si celui-ci ne se libère pas à ce moment. Les frais du jugement restent toujours à la charge du créancier, si le débiteur ne dénie pas sa signature parce que l'événement a prouvé que la précaution du créancier était superflue. Au contraire, le droit de recouvrer à l'échéance les droits d'enregistrement contre le débiteur qui ne paie pas sa dette se justifie par cette considération que le débiteur n'ayant pas payé, le créancier aurait toujours été obligé de produire l'acte en justice et, par cela même, de le faire enregistrer.

La loi de 1807 ne s'applique plus et on s'en tient à l'article 193, toutes les fois que la demande en vérification d'écritures est formée après l'échéance de la dette.

(1) Civ. cass., 21 juillet 1891, S. 91, 1, 465 et notes.

Lorsque le défendeur comparaît et ne veut pas reconnaître l'écrit, il doit le dénier si on le lui attribue personnellement, ou le méconnaître si on l'attribue à son auteur. Le tribunal peut alors, s'il le croit nécessaire, ordonner la vérification d'écritures, mais il n'y est pas obligé; la formule facultative de l'article 195 du Code de procédure rectifie la formule trop impérative de l'article 1323 du Code civil, qui paraît rendre en pareil cas la vérification d'écritures obligatoire. Les juges ont un pouvoir souverain d'appréciation; nous avons déjà dit qu'ils peuvent repousser d'emblée la demande s'ils estiment qu'elle est frustratoire ou si leur conviction est déjà faite. Lorsqu'ils estiment que la vérification est nécessaire, ils peuvent toujours y procéder directement et par eux-mêmes, sans prescrire tel ou tel mode d'instruction autorisé par la loi. C'est l'application pure et simple du droit commun (1).

S'ils le préfèrent, les juges peuvent ordonner la vérification d'écritures par un ou plusieurs des moyens de preuve qu'autorise la loi, notamment par titres, par experts ou par témoins (art. 195 C. pr.). Mais il leur est formellement interdit d'ordonner des procédures ou des mesures d'instruction qui ne sont pas prévues ou réglées par la loi, ainsi que de changer la forme de la procédure de vérification d'écritures (2). Il ne faut jamais oublier en effet que sous ce rapport notre Code de procédure est resté très formaliste : la preuve ne peut être administrée que de la manière et dans les cas déterminés par la loi. Aussi repoussons-nous sans hésitation l'opinion suivant laquelle un créancier pourrait agir en reconnaissance d'écritures, même dans le cas où sa créance est constatée par acte authentique, au seul effet d'obtenir une hypothèque judiciaire. On en donne pour raison qu'autrement ce créancier, qui a eu la précaution de se munir d'un acte authentique, serait cependant moins bien traité que si sa créance était constatée par acte sous seing privé. Cette observation est juste, mais ne saurait autoriser à étendre la vérification d'écritures aux actes authentiques, alors que la loi la limite aux actes sous seing privé, et qu'on en arriverait ainsi à retirer à l'acte authentique la présomption de vérité qui lui est attachée.

Dans tous les cas où le tribunal ne tient pas la pièce pour reconnue et ne veut pas faire par lui-même la vérification, il rend nécessairement un jugement interlocutoire par lequel il indique, à la demande des parties ou d'office, à l'aide de quels moyens la preuve pourra être faite. La loi en indique trois : la preuve par titres, la preuve par témoins, la preuve par experts (art. 195 C. pr.). Le tribunal peut ordonner un ou deux de ces moyens de preuve ou les trois à la fois, ou bien encore il peut n'admettre d'abord qu'un mode déterminé de vérification, et, si l'opération ne produit pas les résultats qu'on espérait, ordonner par un second jugement qu'il sera procédé à la preuve par une autre voie.

(1) Dijon, 19 février 1873, S. 74, 2, 14; req., 28 mars 1876, D. P. 77, 1, 492; req., 21 juin 1876, D. P. 77, 1, 263; req., 7 février 1882, D. P. 82, 1, 367; civ. cass., 4 août 1884, D. P. 85, 1, 209; req., 25 janvier 1894, D. P. 94, 1, 190; Lyon, 30 mars 1897, et Paris, 24 juin 1897, S. 97, 2, 272.

(2) Gand, 29 juin 1889, D. P. 91, 2, 61. On trouvera dans la note sous cet arrêt et dans le même sens un jugement du tribunal civil de la Seine du 18 mars 1886.

Nous allons nous occuper successivement de la preuve par titres, de l'expertise, de la preuve par témoins.

La vérification par titres est la plus simple et la plus décisive de toutes, mais elle est rarement possible et constitue une véritable bonne fortune pour le demandeur. Elle a lieu lorsque le demandeur en vérification d'écritures produit un acte authentique dans lequel a figuré le signataire de l'acte sous seing privé et où se trouve la relation de cet acte. L'acte authentique, faisant foi jusqu'à inscription de faux, prouve la sincérité de l'acte sous seing privé; il faut généraliser cette solution et l'appliquer même au cas où un acte sous seing privé non contesté relate la teneur de celui qui fait l'objet du litige ou contient des faits assez précis pour en établir la vérité.

L'expertise consiste dans l'examen de la pièce contestée, par des hommes de l'art désignés par les parties ou à leur défaut par la justice. C'est le mode de vérification le plus fréquent; aussi, la loi lui consacre la plupart des articles de notre titre. En cas d'expertise, elle est ordonnée par le jugement même qui prescrit la vérification d'écritures, et, à cet effet, ce jugement contient trois sortes de décisions (art. 196 C. pr.). En premier lieu, le jugement nomme le juge-commissaire devant qui la vérification sera faite (art. 196 C. pr.); en cas de récusation du juge-commissaire, il est procédé suivant le droit commun pour le remplacer (art. 197 C. pr.).

En second lieu, le même jugement désigne les trois experts, à moins que les parties ne se soient accordées auparavant pour les nommer elles-mêmes, auquel cas le tribunal leur donne acte de ce choix (art. 196 C. pr). Dans le droit commun des expertises ordinaires, les parties peuvent convenir que cette mesure d'instruction sera faite par un seul expert au lieu de trois et en outre on les autorise aussi, sous certaines conditions, à remplacer par d'autres les experts désignés par le tribunal (voy. art. 303 et suiv. C. pr.). Certains auteurs proposent de leur reconnaître, ici aussi, ces deux droits, mais cette solution a le grave inconvénient de rendre inutile la partie de l'article 196 consacrée à l'expertise. Pour que cette disposition ait un sens vraiment sérieux, il faut admettre qu'elle a eu pour objet, probablement à cause de la gravité de l'affaire, de déroger au droit commun, en exigeant toujours la participation de trois experts et en ne reconnaissant pas aux parties le droit de remplacer après le jugement les experts qui y ont été nommés par le tribunal (1).

En troisième lieu, le jugement qui ordonne la vérification d'écritures prescrit de déposer au greffe la pièce contestée (art. 196 et 198 C. pr.). La loi n'exige pas que le tribunal fixe un délai dans lequel le demandeur devra déposer la pièce. Il est pourtant à propos d'en déterminer un et le demandeur qui ne ferait pas le dépôt dans ce délai pourrait, suivant les circonstances, être déclaré déchu. Il est également à propos que le juge-commissaire paraphe la pièce et que le défendeur soit sommé d'assister au procès-verbal de dépôt, quoique la loi n'ordonne ni l'une ni l'autre de ces formalités. Le

(1) Civ. cass., 13 décembre 1887, D. P. 88, 1, 229; req., 26 juin 1894, D. P. 94, 1, 439.

greffier doit, en dressant le procès-verbal de l'état de la pièce, mentionner avec le plus grand soin tout ce qui peut établir son identité, par exemple le nombre de rôles dont elle se compose, la dimension du papier, les ratures ou surcharges, etc. Au moment du dépôt, la pièce est signée et paraphée par le demandeur ou par son avoué. Dans les trois jours du dépôt, le défendeur peut prendre communication de la pièce au greffe sans déplacement; la pièce est alors paraphée par lui ou par son avoué ou par son fondé de pouvoir spécial et le greffier en dresse procès-verbal (art. 198 C. pr.); ce paraphe du défendeur a pour objet de constater qu'il connaît bien la pièce.

Pour que le défendeur puisse prendre communication de la pièce, il faut qu'on lui signifie le dépôt, c'est ce qu'on lui fait par acte d'avoué ou par exploit, suivant qu'il y a ou non avoué en cause; d'ailleurs, le délai de trois jours n'est pas fatal et le défendeur peut, même après son expiration, prendre connaissance de la pièce déposée tant que le demandeur n'a pas mis à exécution l'ordonnance du juge-commissaire portant indication du jour pour convenir des pièces de comparaison. Ajoutons qu'il ne peut plus être question d'appliquer ce délai de trois jours, lorsque la communication est demandée, non plus avant, mais après l'expertise (1).

Le dépôt au greffe étant effectué, la procédure entre dans une voie nouvelle. Pour que les experts puissent opérer, il ne suffit pas qu'on mette à leur disposition la pièce contestée, il faut encore qu'on détermine quels sont les actes émanés de la personne à laquelle la pièce est attribuée, dont ils doivent comparer l'écriture et la signature avec celle de ladite pièce. C'est pourquoi lorsque le dépôt de la pièce au greffe et sa communication au défendeur ont eu lieu, le juge-commissaire rend, sur la requête à lui présentée par la partie la plus diligente, une ordonnance contenant indication du jour où les parties devront se présenter devant lui pour convenir des pièces de comparaison (art. 199). Au jour désigné pour le juge-commissaire, il peut arriver que l'une des parties ne comparaisse pas : si c'est le demandeur, la pièce est rejetée; si c'est le défendeur, le tribunal est maître d'admettre la pièce au procès ou de la faire vérifier suivant les circonstances. Mais ce n'est pas le juge-commissaire qui prend ces décisions : il fait seulement son rapport et le tribunal rend un jugement, jugement par défaut et par conséquent susceptible d'opposition. Le demandeur peut être, sur son opposition, relevé de la déchéance prononcée, par exemple s'il présente des excuses reconnues fondées.

Toutes les fois que le premier jugement, ou celui rendu sur l'opposition, ordonne que la vérification soit continuée, il faut obtenir du juge-commissaire la fixation d'un nouveau jour pour convenir des pièces de comparaison.

Supposons d'abord que les deux parties comparaissent devant le juge commissaire : le demandeur en vérification indique les pièces de comparaison qu'il entend soumettre aux experts; le défendeur peut en proposer d'autres. Si les deux parties tombent d'accord, le juge-commissaire le constate dans son procès-verbal et y indique les pièces convenues. Lorsque les parties ne peuvent pas se mettre d'accord, les pièces sont alors désignées aux termes de

(1) Bordeaux, 2 janvier 1877, D. P. 78, 2, 90.

l'article 200 *par le juge*, c'est-à-dire non pas par le juge-commissaire comme on l'a dit parfois à tort, mais par le tribunal lui-même. C'est l'application du droit commun qui ne reconnaît le droit de décision qu'au tribunal et n'accorde au juge-commissaire que le droit d'instruction (1). Si, en cas de désaccord entre les parties sur les pièces de comparaison, le tribunal était obligé de faire autant de vérifications successives qu'il y a de pièces offertes et repoussées de part et d'autre, on se trouverait entraîné dans des difficultés insurmontables. Aussi, pour écarter toute complication, la loi indique elle-même quelles sont les pièces que le tribunal peut prendre comme termes de comparaison à l'exclusion de toutes autres, et elle n'admet comme telles que des pièces qui ont le caractère de l'authenticité et des écritures privées reconnues par celui à qui le titre à vérifier est attribué (art. 200 C. pr.). Parmi les actes authentiques, la loi admet seulement comme pièces de comparaison les actes notariés, les actes judiciaires signés en présence du juge et du greffier. On peut prendre comme pièces de comparaison même les actes reçus par les notaires étrangers, pourvu que leurs signatures aient été dûment légalisées (ord. du 25 octobre 1833) (2); l'article 200 du Code de procédure ne fait aucune distinction entre les actes des notaires français et ceux des notaires étrangers et ces derniers ont force probante en France d'après la règle : *Locus regit actum*. Mais l'article 200 exclut tous les actes authentiques extrajudiciaires autres que les actes notariés. Ainsi, elle n'accepte pas comme pièces de comparaison les signatures apposées sur les registres de l'état civil; on a même eu soin d'en faire l'observation au tribunal. La raison en est que les officiers de l'état civil n'étant pas, comme les notaires, obligés de connaître les parties et les témoins, n'attestent pas d'une manière aussi certaine l'identité des personnes.

Même parmi les actes judiciaires, la loi n'admet que ceux reçus à la fois par le juge et par le greffier; il faut donc exclure ceux qui ne sont signés que du juge seul ou du greffier seul et à plus forte raison les actes des officiers ministériels. Mais on se trompe lorsqu'on écarte aussi le procès-verbal de conciliation ou de non-conciliation, car il est bien un acte judiciaire dans le sens large de ce mot, puisqu'il rentre dans la juridiction gracieuse et qu'il est signé à la fois du juge de paix et de son greffier. La loi admet aussi comme pièces de comparaison les actes des fonctionnaires et personnes publiques qu'ils ont eux-mêmes écrits *et signés*. D'après le texte de la loi, il faudrait donc exclure les pièces seulement signées par la personne publique et écrites par un tiers. Mais cette solution, qui aurait l'inconvénient d'écarter un grand nombre de pièces, doit être repoussée en présence des travaux préparatoires, desquels il résulte qu'il suffit que la pièce ait été ou écrite ou signée. Le tribun Perrin a été très précis sur ce point dans son discours au Corps législatif (3). Si l'on ne se contentait pas de la signature, il faudrait exclure presque tous les actes des juges, car ceux-ci ne les écrivent pas eux-mêmes et les font écrire par le greffier.

La loi ne permet de prendre les pièces privées comme terme de compa-

(1) Metz, 4 août 1869, D. P. 74, 5, 540. *Contra* Caen, 28 décembre 1867, D. P. 68, 2, 211.
(2) Dijon, 3 avril 1868, S. 69, 2, 46.
(3) Voy. *Jur. Gén.*, v° *Vérification d'écritures*, n° 117.

raison, qu'autant qu'elles sont reconnues par la partie à laquelle elles sont attribuées. Les écritures précédemment vérifiées mais non reconnues ne peuvent pas servir de pièces de comparaison. C'est une application du principe que l'autorité de la chose jugée est tout à fait relative et ne peut être invoquée pour une affaire nouvelle.

Telles sont les pièces qu'à défaut d'accord des parties le tribunal peut seules désigner comme termes de comparaison; les autres sont exclues à peine de nullité (1). Mais il est bien entendu que le tribunal n'est pas obligé d'admettre comme pièces de comparaison toutes celles qui réunissent les conditions de l'article 200; il peut s'en tenir à celles qui lui paraissent suffisantes pour fixer l'opinion des experts. Lorsqu'il procède ainsi, il est prudent de sa part de préférer les pièces les plus rapprochées en date de celle qui doit être vérifiée, car, dans l'espace de plusieurs années, l'écriture d'une personne peut changer sensiblement. D'un autre côté, les restrictions établies par l'article 200 du Code de procédure ne concernent que les pièces remises aux experts; quant au tribunal lui-même, il peut toujours consulter toutes espèces de pièces sans aucune distinction.

Il arrive très souvent que les pièces de comparaison sont déposées entre les mains de tiers; les actes authentiques, notamment, sont nécessairement confiés à la garde de l'officier public dont ils émanent. En principe, tout dépositaire, quel qu'il soit, personne publique ou simple particulier, d'une pièce qui peut servir de terme de comparaison est tenu d'obtempérer à l'ordre de la justice et de présenter l'écrit qu'il détient. Seulement, si le transport d'un acte présente des dangers ou ne peut se faire sans grave inconvénient (comme, par exemple, s'il s'agit d'opérer sur le registre d'un officier public ou si le détenteur est trop éloigné), la loi laisse au juge, c'est-à-dire au tribunal, le soin de prendre telle mesure que de raison et, par exemple, d'ordonner qu'il sera passé outre ou que la vérification se fera dans le lieu où se trouve la pièce (art. 201, 202, 203 C. pr.).

Les termes de l'article 201 sont si généraux qu'on peut contraindre le défendeur lui-même à fournir les pièces de comparaison qui se trouvent entre ses mains. Seulement, le dépositaire privé ne doit pas souffrir de l'obligation qui lui est imposée dans un intérêt particulier. Si la production de la pièce entraîne pour lui quelque préjudice, par exemple le paiement d'un double droit d'enregistrement pour contravention aux lois fiscales (loi du 22 frimaire an VII, art. 22 et 38), le demandeur doit l'indemniser. De même on admet aujourd'hui, comme au temps de Justinien et dans notre ancien droit, que si la production d'une pièce devait causer au tiers un dommage sérieux, comme par exemple la divulgation d'un secret, il aurait le droit de refuser la communication.

La loi ne fixant pas elle-même le délai dans lequel l'apport des pièces doit avoir lieu, c'est au juge-commissaire à le faire, en ayant égard aux distances.

Au point où nous en sommes arrivés, les parties se sont accordées sur le choix des pièces de comparaison ou, si elles n'ont pas pu s'entendre, la

(1) Besançon, 12 décembre 1888, D. P. 89, 2, 212; Caen, 19 novembre 1891, D. P. 92, 2, 118; req., 28 décembre 1892, D. P. 93, 1, 219.

désignation des pièces a été faite par le tribunal. Rien ne s'oppose plus à ce que les experts commencent leurs opérations ; mais il faut pour cela que les pièces de comparaison leur soient représentées. C'est pourquoi la partie la plus diligente doit faire sommer par exploit les experts et les dépositaires de se trouver aux lieu, jour et heure indiqués par l'ordonnance du juge-commissaire : les experts à l'effet de prêter serment et de procéder à la vérification, les dépositaires à l'effet de représenter les pièces de comparaison. Il doit, en outre, être fait sommation à l'autre partie, par acte d'avoué à avoué, d'être présente.

Au jour fixé, si une des parties ne comparaît pas, le juge-commissaire se borne à constater le défaut et les opérations sont continuées (art. 204 C. pr.). Si c'est un des experts qui est absent, les parties peuvent s'accorder de suite pour le remplacer, sinon le juge-commissaire doit en référer d'office au tribunal qui procède à la nomination. Est-ce un des dépositaires qui fait défaut, le juge-commissaire en réfère encore au tribunal ; mais, en attendant, les opérations des experts doivent être suspendues jusqu'à ce que le tribunal ait statué, car il peut se faire que la pièce qui doit être représentée par ce dépositaire soit celle qui fixerait le mieux l'opinion des experts.

S'il n'avait pas été fait sommation à l'autre partie de comparaître, les opérations ultérieures seraient nulles, à moins que cette partie n'ait comparu volontairement. Le droit d'assister à l'ouverture des opérations des experts tient essentiellement à un autre droit plus général, celui d'agir ou de se défendre.

Quant à la copie par extrait du procès-verbal et du jugement, qui doit, d'après la fin de l'article 204 du Code de procédure, être laissée à chaque dépositaire, elle a pour but de mettre sa responsabilité à couvert pour le cas où la pièce viendrait à s'égarer ou de justifier l'impossibilité où il serait de délivrer les expéditions qui lui seraient demandées ; elle est donc étrangère à la procédure, aussi l'omission de cette signification n'entraînerait aucune nullité.

Toutes les fois que les pièces sont représentées par les dépositaires en personne, il est laissé à la prudence du juge-commissaire d'ordonner qu'ils resteront présents à la vérification pour la garde desdites pièces et qu'ils les retireront et représenteront à chaque vacation, ou d'ordonner qu'elles resteront déposées dans les mains du greffier qui s'en chargera par procès-verbal. Dans ce dernier cas, le dépositaire, s'il est personne publique, peut en donner expédition, encore que le lieu où se fait la vérification soit hors de l'arrondissement dans lequel il a le droit d'instrumenter (art. 205 C. pr.).

Nous avons supposé jusqu'à présent qu'il existait des pièces de comparaison convenues entre les parties ou déterminées par le tribunal, mais il peut se faire que ces pièces manquent complètement ou que celles produites ne soient pas suffisantes pour déterminer la conviction des experts. Dans ces cas, le juge-commissaire peut ordonner qu'il sera fait un corps d'écriture dicté par les experts, le demandeur présent ou appelé (art. 206 C. pr.). Il y aurait nullité si le demandeur n'était pas appelé à cette opération ; c'est lui qui peut le mieux surprendre et signaler les fraudes de son adversaire. Il a été reconnu, dans les travaux préparatoires, que la confection d'un corps

d'écriture était une mesure bien précaire : le Tribunat fit observer que le défendeur, même de bonne foi, peut être intimidé et changer son écriture ; aussi a-t-il été convenu que ce moyen de preuve ne devrait être employé par les tribunaux que comme ressource extrême.

Si le défendeur fait défaut ou refuse de composer le corps d'écriture, le juge-commissaire en réfère au tribunal qui doit tenir la pièce pour reconnue, à moins que la partie n'oppose quelque excuse légitime.

Le juge-commissaire doit assister à la confection du corps d'écriture aussi bien que les experts et, si la partie recourt à un procédé d'écriture qui ne semble pas naturel, les experts pourront en tirer telle induction que de droit.

Quand les experts ont prêté serment, que les pièces lues ont été communiquées ou que le corps d'écriture a été fait, les parties doivent se retirer après avoir présenté sur le procès-verbal toutes les réquisitions qu'elles ont jugé convenable (art. 209 C. pr.). Si les parties étaient restées présentes, les opérations des experts seraient nulles, parce qu'ils seraient censés n'avoir pas opéré ni exprimé leur avis avec une entière liberté.

Les experts doivent procéder conjointement à la vérification au greffe, devant le greffier ou devant le juge qui l'a ordonnée, et s'ils ne peuvent terminer le même jour, ils remettent à jour et heure certains indiqués par le juge ou par le greffier (art. 208 C. pr.). Les experts perdraient leur caractère s'ils se réunissaient hors de la présence du greffier ou du juge, et l'expertise serait nulle (1). Mais tandis qu'en matière d'enquête les formalités prescrites à peine de nullité sont censées n'avoir pas été observées s'il n'en a pas été fait mention, en matière d'expertise les experts sont présumés s'être conformés à la loi, tant que le contraire n'est pas prouvé.

D'ailleurs, la loi ayant gardé le silence au sujet des nullités pour vice de forme, celles-ci ne seront encourues qu'autant qu'on aura violé une formalité substantielle.

Les trois experts dressent un rapport conformément à l'article 210 du Code de procédure. Le rapport doit être annexé à la minute du procès-verbal du juge-commissaire, sans qu'il soit besoin de l'affirmer ; les pièces sont ensuite restituées aux dépositaires, qui en déchargent le greffier sur le procès-verbal (art. 209 C. pr.).

Les trois experts doivent ne former qu'un avis à la pluralité des voix ; s'il y a des avis différents, le rapport en contient les motifs, sans qu'il soit permis de faire connaître les noms des experts qui les ont émis (art. 210 C. pr.).

En cette matière, encore plus qu'en toute autre, les juges ne sont nullement liés par l'avis des experts ; ils peuvent se prononcer en sens contraire ou ordonner une nouvelle expertise ; c'est le droit commun.

L'art des experts est encore plus conjectural dans la vérification d'écritures qu'en toute autre matière. Rien n'est plus facile à une personne que de dissimuler son écriture. Aussi a-t-on tort parfois de s'en prendre aux experts et ceux qui prétendent remédier au mal en donnant aux experts le caractère d'officiers ministériels se trompent complètement.

(1) Limoges, 1er juillet 1893, D. P. 94, 2, 401.

En troisième lieu, la loi, après avoir réglé la preuve par titres et la preuve par experts, autorise la preuve par témoins, même au-dessus de 150 francs. La preuve par témoins est ici admise, parce qu'il est impossible d'exiger une preuve écrite de la sincérité d'une autre écriture. Mais les témoins ne déposent que sur la sincérité de l'écriture et non sur l'existence du droit constaté par écrit lorsque la somme dépasse 150 francs. En d'autres termes, la preuve par témoins n'est permise qu'autant qu'elle porte sur des faits ayant exclusivement trait à la confection matérielle de l'écrit dénié (1).

Les témoins n'ont pas à dire s'ils ont vu compter les deniers ou si l'échange des consentements s'est produit devant eux, mais s'ils ont vu rédiger et signer l'écrit et s'ils pensent que cet écrit émane de la personne à qui on l'attribue. On peut même entendre comme témoins des personnes qui n'ont pas assisté à la rédaction de l'acte, sur la question de savoir si elles reconnaissent la signature. Ce n'est pas, comme on l'a dit à tort, confondre ces témoins avec des experts, et cette interprétation de la loi, qu'adopte avec raison la jurisprudence, est bien confirmée par la fin de l'article 211 du Code de procédure. L'opinion contraire, admise pendant un certain temps, paraît définitivement abandonnée (2).

L'enquête se fait suivant les formes du droit commun; par exemple on appliquera les articles 268 et 283 du Code de procédure relatifs aux incapacités et aux reproches, les articles 257 et 258 du même code aux termes desquels l'enquête doit être commencée dans la huitaine du jugement qui l'ordonne. L'enquête relative à la vérification d'écritures ne présente qu'une particularité consacrée par l'article 212 : la loi veut que la pièce déniée ou méconnue soit représentée aux témoins qui y apposent leur paraphe. En cas de refus de leur part, il en est fait mention. Mais la loi n'ayant pas ajouté que cette formalité est prescrite à peine de nullité, on ne doit pas admettre cette sanction, car il s'agit là d'une formalité tout à fait secondaire.

On sait que dans tous les cas où la loi permet la preuve testimoniale, elle autorise aussi la preuve par présomptions du fait de l'homme. Il faut donc ici admettre aussi ces présomptions et, par exemple, on pourrait les tirer même d'une expertise purement officieuse ou irrégulière (3). D'une manière plus générale, la loi ne parle dans notre titre que de la preuve par titres, par experts ou par témoins, parce que ce sont là les moyens les plus fréquents, mais elle n'entend nullement exclure les autres. Aussi ne faut-il pas hésiter à reconnaître à chaque partie le droit de terminer ce différend par une déclaration de serment.

Des trois moyens de preuve dont parle la loi, le plus solide est celui que fournissent les titres écrits et le plus fragile celui qui résulte de l'expertise. La preuve par témoins offre plus de garanties que l'œuvre conjecturale des experts, car le plus souvent c'est l'attestation de personnes qui ont vu signer l'acte. Aussi peut-on regretter que notre loi, subissant l'influence de la tradition, n'ait pas suivi l'exemple de certaines législations étrangères et n'ait

(1) Montpellier, 26 août 1878, D. P. 80, 1, 159.

(2) Voy. *Jur. Gén.*, v° *Vérification d'écritures*, n°s 176 et suiv.

(3) Req., 7 mai 1872, S. 73, 1, 119; req., 17 juin 1879, D. P. 80, 1, 159; req., 1er juin 1892, D. P. 93, 1, 382.

pas exigé la présence de témoins, tout au moins dans les actes sous seing privé les plus importants.

Lorsque les moyens de preuve autorisés par le tribunal ont été administrés, notamment à l'aide d'une expertise ou d'une enquête, et que les procès-verbaux de ces mesures d'instruction ont été déposés au greffe, la partie la plus diligente les signifie à l'adversaire et lui donne avenir pour plaider à l'audience sur les résultats de ces modes d'instruction. Les juges ont un pouvoir absolu d'appréciation pour décider si la sincérité de la preuve est établie; ils peuvent aussi, au lieu de statuer immédiatement, ordonner une nouvelle mesure d'instruction, par exemple une expertise.

Le jugement qui termine l'incident peut décider ou que la pièce est sincère, ou qu'elle ne l'est pas (art. 213 C. pr). Dans le premier cas, la pièce vérifiée sincère est tenue pour reconnue et fait preuve; mais cependant on a vu que cette pièce ne peut pas être employée comme terme de comparaison dans une procédure ultérieure en vérification d'écritures, à la différence de la pièce reconnue. Quant au défendeur, il est, suivant le droit commun et par cela même qu'il succombe, condamné aux dépens et même à des dommages-intérêts, s'il y a lieu et si le demandeur les réclame, peu importe qu'il ait dénié ou méconnu l'écriture. En outre, celui qui a dénié sa propre signature, étant convaincu de mensonge, encourt une amende de 150 francs (art. 213 C. pr.). Cette amende est fort ancienne dans notre droit et il en est déjà question dans Beaumanoir (chap. XXXV, n° 4). L'article 213 a bien soin de ne pas prononcer la même peine contre celui qui a seulement méconnu la signature. C'est qu'en effet, comme on l'a déjà remarqué, il peut être de très bonne foi : c'est un ayant cause qui se borne à déclarer qu'il ne sait pas si la signature qu'on lui présente est celle de son auteur et cette allégation doit être réputée sincère, tandis que celui qui dénie sa propre signature est nécessairement de mauvaise foi et convaincu de mensonge par le jugement qui décide le contraire.

Lorsque la vérification d'écritures est incidente, le tribunal peut statuer sur cette vérification et sur le fond par un seul et même jugement. Si elle est principale, il ne peut pas être question du fond, puisqu'il a été entièrement réservé, par exemple parce que la dette n'est pas encore échue. Mais on a vu que ce jugement n'en produit pas moins hypothèque judiciaire, sauf à n'inscrire cette hypothèque qu'à l'échéance de la dette (loi du 3 septembre 1807).

Dans tous les cas, le jugement qui statue sur la vérification d'écritures, qu'il déclare ou non la pièce sincère, est un jugement définitif, soit sur le fond même du procès, soit seulement sur un incident, suivant que la vérification d'écritures a été principale ou incidente. Au contraire, le jugement qui, au début de cette procédure, a ordonné une mesure d'instruction, par exemple l'expertise ou l'enquête, est un jugement interlocutoire.

Quant aux voies de recours, le jugement qui statue sur la sincérité de la pièce ne présente aucune particularité. Lorsque la vérification d'écritures a été principale, on s'attachera à la valeur du droit dont l'écrit doit faire preuve pour savoir s'il y a lieu ou non à appel. Le jugement de vérification d'écritures incidente suivra le sort du jugement à intervenir sur le fond du

droit et sera ou non susceptible d'appel, suivant que ce jugement sur le fond comportera lui-même ou ne comportera pas cette mesure d'instruction.

### § 84. — Procédure du faux (art. 214 à 252 C. pr.).

A. *Historique et généralités.* — Chez les Romains, quiconque intentait une action publique en matière criminelle était tenu de procéder à l'inscription détaillée de son accusation pour que celle-ci fût à la fois solennelle et précise (1). L'accusateur se présentait devant le préteur ou le président de la province pour procéder à cette inscription solennelle qui contenait son nom, celui de l'accusé et les circonstances du crime. L'accusateur était alors menacé de peines sévères s'il ne faisait pas la preuve des faits. C'est de cette pratique romaine qu'est venue dans notre droit l'expression, encore aujourd'hui employée, d'inscription de faux. Cet emprunt est d'autant plus curieux que si, en principe, à Rome tout accusateur était tenu de s'inscrire contre le crime, il y avait cependant exception, précisément au profit de celui qui se portait accusateur d'un faux, probablement à cause des difficultés spéciales de la preuve de ce crime (2).

Dans notre ancien droit, on introduisit de bonne heure la nécessité de l'inscription de faux, pour empêcher les plaideurs d'abuser de cette procédure dont ils s'étaient souvent servis comme moyen dilatoire. C'est pour la même raison qu'on obligeait l'accusateur à se constituer prisonnier et qu'on le menaçait de la peine du talion s'il venait à perdre son procès. Ces dernières rigueurs disparurent au XVI^e siècle; mais, à cette époque encore, on ne comprenait pas qu'il pût y avoir faux sans crime. Aussi obligea-t-on celui qui voulait attaquer un acte comme entaché de faux, de prendre la voie criminelle et de s'adresser à la justice répressive. C'est encore par le même motif que l'ordonnance de 1667 garde complètement le silence sur cette matière du faux. Elle est réglée par l'ordonnance criminelle de 1670 (tit. IX) sous cette singulière rubrique: *Du crime de faux tant principal qu'incident.* On avait cependant renoncé à l'usage encore observé au XVI^e siècle, qui obligeait le demandeur en faux à prendre la voie criminelle; il était maintenant permis de soulever ces questions devant les tribunaux civils, mais ceux-ci suivaient la procédure criminelle de l'ordonnance de 1670. C'est ainsi qu'ils exigeaient l'inscription de faux et la consignation d'une amende. Il semble que ces moyens furent insuffisants pour empêcher les mauvaises chicanes, car une ordonnance du 31 janvier 1683, d'abord limitée à la Bretagne, puis ensuite devenue loi commune, augmenta encore le chiffre de l'amende. C'est seulement en 1737 qu'une ordonnance, due à l'initiative de d'Aguesseau et connue autrefois sous le nom de *sage ordonnance*, dégagea la procédure du faux civil de celle du faux criminel et fit ainsi disparaître cette erreur que tout faux suppose un crime.

Cependant, le législateur de 1737 ne parvint pas à se dépouiller complètement des anciennes traditions et la procédure civile en faux conserva quel-

(1) L. 3, D. *De accusationibus et inscriptionibus*, 48, 2.
(2) Const. 2, C. Th. *Ad legem Corneliam de falsis.*

ques traces de la procédure criminelle. C'est ainsi que l'ordonnance de 1737 ne permet pas de donner copie ni communication des moyens de faux au défendeur (tit. II, art. 28); que les pièces de comparaison doivent être fournies par le demandeur et que celles du défendeur ne peuvent être reçues qu'avec l'assentiment du ministère public et du demandeur (tit. II, art. 33). Ce qui est plus curieux, c'est que l'ordonnance de 1737 dispensa la partie privée de s'inscrire en faux en matière criminelle et maintint cependant l'inscription de faux en matière civile.

Cette ordonnance de 1737 resta en rigueur jusqu'au Code de procédure; on ne relève dans le droit intermédiaire que quelques rares dispositions sur le faux, notamment dans la loi du 16 septembre 1791 sur la justice criminelle et dans le code du 3 brumaire an IV.

Les rédacteurs du code actuel ont introduit la procédure du faux dans leur œuvre ; ils ont maintenu la nécessité d'une inscription, à cause de la gravité de la prétention et pour qu'elle soit toujours le résultat d'une volonté réfléchie. On comprend bien en effet, en pareil cas, la nécessité d'un acte spécial signé de la partie elle-même ou de son fondé de procuration, mais la formalité de l'inscription au greffe est purement traditionnelle. D'un autre côté, les rédacteurs du code ont eu tort de supprimer la consignation de l'amende, alors qu'ils maintiennent cette formalité en matière d'appel et de requête civile. Ils auraient dû procéder en sens inverse de ce qu'ils ont fait, abolir l'inscription au greffe et conserver la consignation.

Dans notre ancien droit, les particuliers avaient le choix entre l'action publique et l'action privée. Il en résultait qu'on n'avait admis l'action civile en faux que sous forme d'incident; en d'autres termes, la procédure du faux civil était toujours et nécessairement un incident d'une autre affaire. Celui qui voulait se pourvoir en faux par action principale devait recourir à l'action publique devant la justice criminelle. Aussi appelait-on faux incident la procédure du faux civil, comme on désignait sous le nom de faux principal la procédure du faux criminel. On sait en effet que dans notre ancien droit les particuliers avaient l'action publique à leur disposition, même depuis l'institution du ministère public. Celui-ci avait, sans doute, le droit d'agir seul, mais, lorsque la partie privée venait se joindre à lui, elle était toujours préférée pour la poursuite de l'accusation. Aussi l'action même civile en faux était-elle bien principale au criminel, tandis qu'au civil elle ne se présentait que sous forme d'incident à un procès engagé.

Aujourd'hui, l'action publique est en principe réservée, au grand criminel, au ministère public; en cas de crime, un particulier ne peut que déposer une plainte ou se porter partie civile. Nous admettons, d'ailleurs, qu'il a le second droit, même devant le juge d'instruction. Mais les auteurs du Code civil et du Code de procédure n'ont pas tenu compte de ces changements qui se sont produits dans les institutions et ont conservé l'ancienne terminologie, notamment dans l'article 1319 du Code civil et au Code de procédure à propos du faux incident. De là des confusions possibles contre lesquelles il importe de se mettre en garde.

Le Code civil appelle faux principal la plainte ou l'action civile formée par un particulier devant la justice répressive, et faux incident la procédure du

faux devant les tribunaux civils. Il eût mieux valu dire : Au criminel, l'action principale en faux ne peut plus être intentée que par le ministère public ; la plainte en faux et l'action civile ne sont donc plus et ne peuvent plus être que des incidents de cette action publique principale intentée par le ministère public. En matière civile, au contraire, la procédure de faux engagée par un particulier peut être incidente ou principale : incidente, si elle se rattache à une contestation déjà engagée, et c'est ce qui aura lieu toutes les fois qu'au cours de la procédure une partie opposant un acte authentique ou sous seing privé à l'autre, celle-ci répondra en déclarant que cet acte est entaché de faux ; principale, si aucun procès n'existant encore, une partie intente une action en faux, à seule fin de faire constater, dès maintenant, qu'une pièce est fausse en totalité ou en partie.

Nous nous heurtons ici à une controverse. La jurisprudence est en effet fixée en ce sens que le faux principal civil n'existe pas et que la loi admet seulement le faux incident civil. En d'autres termes, l'inscription de faux ne serait permise qu'autant qu'elle formerait un incident d'une instance déjà engagée, mais elle ne saurait faire, à elle seule, l'objet d'une demande principale et introductive d'instance (1). La jurisprudence se fonde sur ce que le titre du Code de procédure relatif au faux est intitulé : *Du faux incident civil*. Mais en s'exprimant ainsi, le législateur s'est borné à copier l'ancien droit sans se rappeler que la situation était changée ; il n'a nullement songé à notre question et n'a pas entendu exclure l'action en faux civil principal. On a vu que le législateur autorise l'action principale en vérification d'écritures. Pour quel motif en serait-il autrement en matière de faux ? La jurisprudence admet même que la demande d'une expertise peut, tout au moins devant le juge des référés, et peut-être même devant le tribunal civil, faire l'objet d'une action principale. Pour quel motif, encore une fois, en serait-il autrement en matière de faux ? Une partie peut, en effet, avoir un intérêt actuel à faire déclarer une pièce fausse malgré l'absence de tout procès engagé ; il serait parfois imprudent d'attendre, car les preuves du faux peuvent disparaître. On dira que la partie a toujours à sa disposition le moyen d'intenter une autre action qui fera apparaître la pièce contre laquelle elle s'inscrira alors en faux. Mais il peut très bien arriver, cependant, que cette voie indirecte soit difficile ou impossible. De même, la voie de la plainte et celle de l'action civile en faux criminel peuvent faire défaut : c'est ce qui se produira toutes les fois qu'on soutiendra que le faux a eu lieu sans crime ou encore que le crime a disparu, par exemple parce que son auteur est décédé.

En réalité, il y a plusieurs cas dans lesquels la voie criminelle n'est pas possible où par conséquent l'action civile ne peut pas se joindre à l'action criminelle et où même il ne peut être question de plainte en faux. C'est ce qui se produit : d'abord si l'auteur criminel du faux est décédé, ou si l'auteur

(1) Civ. cass., 25 juin 1845, D. P. 45, 1, 325 ; req., 13 février 1860, D. P. 60, 1, 341 ; req., 14 novembre 1860, D. P. 61, 1, 208 ; Angers, 28 avril 1871, D. P. 72, 5, 247 ; req., 4 mai 1875, S. 75, 1, 272 ; req., 30 mai 1876, D. P. 76, 1, 383 ; civ. cass., 14 janvier 1885, S. 88, 1, 63 ; Toulouse, 16 juin 1887, D. P. 88, 2, 61 et ma note sous cet arrêt.

du faux est inconnu; ou bien encore si l'action publique est prescrite; de même, si le ministère public, saisi d'une plainte, refuse cependant d'intenter l'action publique; enfin, lorsque le faux a été commis sans intention criminelle. Comme exemple de ce dernier cas, on cite celui d'un enfant ou d'un aliéné qui altère tout ou partie d'un acte authentique. Cette hypothèse sera peu pratique, mais on voit de temps à autre un notaire qui entend mal la parole d'un testateur en danger de mort et qui inscrit alors, par exemple, comme légataire, une personne pour une autre: il y a faux, mais pas crime de faux.

Il est donc bien important de ne pas confondre le faux criminel avec le faux civil; le premier s'adresse à la personne, le second à l'acte. L'un est poursuivi par le ministère public devant les tribunaux criminels, l'autre fait l'objet d'un procès civil, ordinairement incident à un autre procès, comme il peut aussi être joint à l'action publique.

Le faux peut être commis aussi bien dans un acte sous seing privé que dans un acte authentique; aussi la procédure du faux est-elle commune aux deux espèces d'actes écrits, tandis que la procédure en vérification d'écritures est spéciale aux actes sous seing privé. Mais il est cependant important, quant au faux, de distinguer entre les actes authentiques et les actes sous seing privé. Dans les actes authentiques, le faux peut être matériel ou ntellectuel. Le faux matériel consiste à fabriquer, tout entier, un acte auquel on donne l'apparence d'un acte d'officier public, ou encore à altérer, en totalité ou en partie, un véritable acte authentique; on comprendra sans peine que ce faux matériel peut être commis par toute espèce de personnes. Au contraire, le faux intellectuel n'émane que des officiers publics et n'existe que dans les actes authentiques : il consiste à insérer une mention contraire à la vérité du fait à constater et, par exemple, comme on l'a déjà vu, de la part d'un notaire à mettre dans un testament, de bonne ou mauvaise foi, le nom d'une personne à la place de celui d'une autre à titre de légataire. Dans les actes sous seing privé, le faux ne peut être que matériel; il consiste encore ou à fabriquer un acte tout entier, ou à altérer matériellement un acte sincère. Mais lorsque les parties insèrent dans un acte sous seing privé une mention contraire à la vérité, elles ne commettent pas un faux. Il y a, en pareil cas, simulation; c'est ce qui se produit si le créancier donne quittance sans avoir reçu paiement et pour faire une donation déguisée. Aussi, pour prouver la simulation, n'est-il pas nécessaire ni même possible de prendre la procédure du faux; la simulation s'établira par une preuve quelconque.

L'acte authentique ne fait foi jusqu'à inscription de faux qu'autant qu'il a été reçu par un officier public compétent, dans les formes prescrites par la loi, pour relater des faits que cet officier public a mission de recevoir et qu'il atteste s'être accomplis devant lui. Il n'est donc pas nécessaire de prendre la voie de l'inscription de faux lorsqu'on attaque une mention que l'officier public n'avait pas mission de recevoir. Ainsi l'huissier doit, dans l'ajournement, déclarer à quelle personne il a fait la signification et remis la copie. Mais la loi ne dit pas qu'il devra consigner la réponse de cette personne; dès lors, s'il le fait, il ne sera pas nécessaire, pour contester cette réponse, de s'inscrire en faux.

D'un autre côté, l'inscription de faux doit être refusée dès que la partie reconnaît que l'officier public, par exemple le notaire, a exactement relaté les faits accomplis devant lui, sauf à prouver par toute espèce de moyens qu'ils ont été simulés par les parties. Par exemple, deux personnes voulant faire une donation sous forme de vente se présenteront devant le notaire, qui relèvera les clauses du contrat de vente et constatera l'acquittement du prix en sa présence. Si celui qui attaque la donation simulée prétend qu'ensuite et hors de l'étude du notaire le prix a été restitué par le donateur, qui a joué le rôle de vendeur, au donataire qui a joué le rôle d'acheteur, il n'y a pas lieu à inscription de faux, puisqu'on ne conteste pas la sincérité des faits accomplis devant l'officier public (1).

La procédure de la vérification d'écritures et celle du faux civil se ressemblent sous plus d'un rapport : toutes deux ont pour objet de rechercher si la pièce invoquée est vraie ou fausse ; toutes deux emploient les mêmes moyens de preuve, titres, expertises, témoins ; toutes deux aboutissent au rejet ou à l'admission de la pièce.

Mais la vérification d'écritures concerne exclusivement les actes sous seing privé, tandis que le faux civil est plus spécial aux actes authentiques, bien qu'il s'applique quelquefois aux actes sous seing privé. C'est surtout au point de vue de la preuve que la différence est sensible entre les deux procédures : dans la vérification d'écritures, cette charge incombe à celui qui prétend l'acte sincère, tandis que, dans la procédure du faux, c'est à celui qui soutient que l'acte est entaché de faux d'établir l'existence de ce faux.

Bien que la procédure du faux soit beaucoup plus compliquée que celle de la vérification d'écritures, cependant l'une et l'autre sont très graves et ont amené le législateur à prendre des précautions spéciales. Ainsi, une fois la procédure du faux engagée, la loi ne veut pas que les parties puissent l'arrêter au moyen d'une transaction sans le consentement du tribunal (art. 249 C. pr.) ; mais s'il s'agissait d'une vérification d'écritures, elle n'exigerait plus l'intervention de la justice. Il est assez difficile de justifier cette différence.

La loi a, en effet, bien compris que ces deux procédures peuvent amener la découverte d'un crime de faux ; aussi veut-elle que la procédure du faux incident, comme celle de la vérification d'écritures, ait lieu devant un tribunal civil ou devant une cour d'appel, où le ministère public est toujours représenté. Lors donc qu'une partie prétend en matière commerciale (2), ou devant le juge de paix, ou devant un conseil de prud'hommes, qu'un acte invoqué au procès par son adversaire est entaché de faux, cet incident doit être envoyé au tribunal civil (art. 14 et 427 C. pr.). D'ailleurs, rien ne s'oppose à ce qu'une partie invoque la fausseté d'un acte pour la première fois en cause d'appel, même si cet acte a déjà figuré en première instance (3).

(1) Voy. les autres espèces dans req., 22 novembre 1869, D. P. 70, 1, 273 ; req., 13 juillet 1874, D. P. 75, 1, 106 ; req., 15 décembre 1877, D. P. 78, 1, 176.

(2) Orléans, 30 avril 1896, D. P. 99, 1, 399.

(3) Car les nouveaux moyens de preuve sont toujours permis, à la différence des demandes nouvelles en cause d'appel. Orléans, 8 mars 1883, D. P. 84, 2, 227 ; Toulouse 16 juin 1887, D. P. 88, 2, 61.

Il semble bien rentrer dans l'esprit de la loi que les tribunaux administratifs sont aussi incompétents d'une manière absolue pour connaître des inscriptions de faux; ils doivent les renvoyer aux tribunaux civils (1). De même, en principe, la procédure du faux ne se présente pas devant la Cour de cassation, bien qu'il existe un ministère public près de cette juridiction suprême. Cela tient à ce que la Cour de cassation ne juge pas les faits et que, par conséquent, il n'y a pas lieu de les prouver devant elle. Il y a cependant deux cas dans lesquels une question de faux peut se présenter à la Cour de cassation : d'abord si une des parties se trouve dans un des cas très rares (par exemple celui de récusation d'un conseiller de la Cour de cassation) où une pièce nouvelle peut apparaître devant cette juridiction, ensuite toutes les fois qu'on prétend que la minute ou l'expédition d'une décision en dernier ressort, le plus souvent d'un arrêt d'une cour d'appel, est entachée de faux, par exemple parce que les juges ont, après la prononciation de l'arrêt à l'audience, ajouté des motifs, ou encore parce qu'on a mentionné la présence de magistrats qui cependant n'ont pas pris part à l'instruction de l'affaire (2). Dans ce dernier cas, il n'était pas possible que la demande en faux fût faite plus tôt; c'est seulement, et par la force même des choses, à la Cour de cassation qu'elle peut apparaître pour la première fois. Toutefois, la compétence de la Cour de cassation est assez limitée; elle a le droit d'admettre ou de rejeter l'inscription de faux, mais, si elle l'admet, elle doit renvoyer l'instruction et le jugement de ce faux devant une cour d'appel ou devant un tribunal d'arrondissement, suivant la nature de la juridiction qui a statué et dont la décision est arguée de faux (3).

B. *Contre quels actes on s'inscrit en faux.* — Le principe que l'inscription de faux peut être dirigée contre tout acte authentique qu'on prétend entaché en partie de faux ou contre tout acte qui se présente avec l'apparence de l'authenticité, ne soulève plus aucune difficulté de nos jours (4). Nous avons vu que les décisions de la justice elles-mêmes peuvent être arguées de faux. Cochin avait autrefois soutenu qu'on ne peut pas s'inscrire en faux contre un arrêt ou jugement, à cause du respect dû aux décisions de la justice. Mais, malgré tous ses efforts, il est resté seul de son avis et le parlement de Paris rejeta formellement sa prétention, par arrêt du 7 février 1740. C'est qu'en effet plus un acte est important, plus il est nécessaire de le mettre à l'abri des falsifications. En vain objecterait-on qu'un faux jugement peut être attaqué par la voie de l'appel ou par celle du pourvoi en cassation. N'est-il pas évident que ces voies de recours ne sont possibles qu'autant qu'il y a jugement et qu'on admet que ce jugement a été rendu dans les termes où il a été rédigé? Or c'est ce que conteste précisément le demandeur en faux.

On s'est demandé de nos jours si la signature d'une partie, apposée au bas

(1) Civ. cass., 14 janvier 1885, D. P. 85, 1, 172 ; Dijon, 8 juillet 1885, D. P. 86, 2, 222; *contra* req., 12 décembre 1881, S. 82, 1, 353.

(2) Civ. rej., 24 décembre 1895, D. P. 96, 1, 237.

(3) Civ. cass., 17 août 1881, D. P. 82, 1, 179 ; civ. cass., 30 août 1881, D. P. 82, 1, 179.

(4) Il est bien entendu que si un acte est reconnu faux pour partie, il reste debout et produit effet pour l'autre partie. Riom, 13 décembre 1886, D. P. 88, 2, 67.

d'un acte authentique, par exemple de notaire, d'avoué, d'huissier, doit être contestée par la voie de l'inscription de faux. La réponse nous paraît bien simple et se dégage des principes déjà posés. Si la loi exige la signature des parties, comme cela se produit pour les actes notariés, alors aussi l'officier public a qualité pour attester authentiquement la signature, et du moment qu'il a constaté et affirmé la sincérité de cette signature, il est indispensable, pour l'attaquer, de recourir à la procédure du faux. Il en serait autrement si l'officier public, bien qu'il en eût le devoir, n'avait pas attesté que la partie a signé avec lui, ou bien encore s'il s'agissait d'un acte pour lequel la loi n'exige pas la signature de la partie.

L'article 214 du Code de procédure nous apprend qu'on peut aussi s'inscrire en faux contre un acte sous seing privé, et cela, même si précédemment cet acte a été déclaré sincère dans une procédure de vérification d'écritures. Cette dernière disposition est de nature à soulever quelques difficultés. On s'accorde pour admettre que celui qui a volontairement reconnu d'une manière expresse ou tacite un acte sous seing privé ne peut pas ensuite s'inscrire en faux contre cet acte, car il n'est pas permis de rétracter un aveu judiciaire légalement constaté. Mais la loi a-t-elle voulu dire qu'il sera permis à celui qui déniait la sincérité de l'acte sous seing privé, de s'inscrire ensuite en faux contre cet acte, malgré le jugement qui le tient pour sincère et quoiqu'il ne se soit produit aucun fait nouveau depuis ce jugement? C'est ce qu'on admet très généralement, tout en reconnaissant que l'article 214 du Code de procédure consacrerait ainsi une remarquable dérogation au respect dû à la chose jugée (1). Cette solution nous paraît cependant fort douteuse; il serait tout à fait étrange que la loi permît de décider dans une procédure de faux précisément le contraire de ce qui a été jugé dans une procédure de vérification, par exemple que la signature vérifiée sincère est fausse. En vain a-t-on dit que l'autorité de la chose jugée est particulièrement fragile dans la vérification d'écritures, à raison de ce que l'art des experts est très conjectural. On oublie que les moyens destinés à faire la preuve dans l'une et l'autre des procédures sont identiques et qu'on n'a pas plus de chance de découvrir la vérité dans la procédure du faux que dans celle de la vérification d'écritures. A notre avis, la loi n'a pas entendu, dans l'article 214, déroger au principe du respect dû à la chose jugée et, par exemple, elle n'admet pas que la signature ayant été déclarée sincère, on puisse, au moyen d'une inscription de faux, en établir la fausseté. Mais il peut arriver qu'un acte reconnu ou vérifié sincère sur un point contienne cependant un faux dans une autre partie ou encore qu'après le jugement de vérification d'écritures il ait été altéré; c'est en vue de ces cas que le législateur a déclaré qu'une inscription de faux pourra se produire contre cette pièce, bien qu'elle ait été précédemment vérifiée. L'écriture ayant été déclarée sincère, on ne la contestera plus, mais on soutiendra, par exemple, que le *bon pour* avec indication de la somme due a été altéré depuis le jugement de vérification d'écritures ou même auparavant.

(1) Req., 29 mars 1869, D. P. 69, 1, 448.

Il va sans dire que la voie de l'inscription de faux est ouverte aussi bien à la partie à laquelle on oppose l'acte qu'à celle qui le produit. On conçoit, en effet, qu'une partie ait intérêt à faire usage d'un acte qui lui est favorable en plusieurs points et s'inscrive cependant en faux contre certaines allégations de ce même acte dont l'adversaire chercherait à profiter.

La procédure du faux incident civil, d'ailleurs assez rare dans la pratique, comme cela résulte des statistiques judiciaires, est très compliquée et pourrait être singulièrement simplifiée. C'est ce qu'a eu soin de faire la commission chargée de la réforme du code actuel. La procédure du faux incident civil se divise en trois périodes; chacune d'elles se termine par un jugement. La première période est consacrée à l'inscription de faux et aboutit à un jugement qui la rejette ou l'admet. Dans ce second cas, le jugement nomme un juge-commissaire et on passe à la seconde phase, consacrée à l'examen des moyens à l'aide desquels le faux pourra être prouvé. Le jugement qui termine cette période détermine quels sont les moyens admis ou rejetés. Enfin, dans la troisième période, on discute les résultats produits par les moyens admis et le tribunal se décide sur l'existence du faux. Les deux premiers jugements sont interlocutoires; le troisième est définitif.

C. *Première phase : Procédure pour arriver au jugement qui admet (ou rejette) l'inscription de faux et nomme un juge-commissaire* (art. 215 à 219 C. pr.). — Si l'on admet l'existence d'un faux principal et introductif d'instance, cette procédure s'entame alors par un ajournement sans qu'il y ait lieu à tentative de conciliation préalable; la loi dispense de cette tentative les demandes de vérification d'écritures (art. 49 C. pr.), et il faut admettre d'autant plus cette solution en matière de faux, que la loi n'est pas favorable à la transaction dans cette procédure (arg. art. 249 C. pr.). Lorsque le faux civil est incident, celui qui veut s'inscrire en faux contre un acte commence par faire sommation à son adversaire de déclarer s'il a l'intention de se saisir de la pièce, en le prévenant qu'en cas de réponse affirmative il y aura inscription de faux (art. 215 C. pr.). Cette sommation s'explique par la gravité de la procédure. Il faut que celui qui produit la pièce, peut-être sans en connaître la fausseté, réfléchisse avant de laisser engager la procédure d'inscription de faux; il est possible qu'il n'ait pas eu grand intérêt au maintien de la pièce dans la cause et qu'il consente à la retirer; enfin, il faut qu'il réfléchisse sur les conséquences auxquelles il s'expose : s'il est établi qu'il s'est servi d'une pièce dont il connaissait la fausseté, il aura commis un crime puni des travaux forcés à temps (art. 148 C. pén.). Sous l'ordonnance de 1737 il fallait, avant de signifier une mise en demeure à la partie adverse, se pourvoir de l'autorisation du juge et de plus consigner une amende. Aujourd'hui, ces formalités ne sont plus prescrites, et d'ailleurs il était illogique que l'admission de l'inscription du faux par le juge précédât la sommation.

Cette sommation est faite par acte d'avoué à avoué devant les tribunaux ordinaires, ou par exploit devant les tribunaux de commerce ou les juges de paix. La procédure s'engage donc ici d'une manière particulière. En droit commun, quand une partie demande à administrer une preuve, elle le fait par acte d'avoué ou par requête; l'adversaire répond par un acte de même

nature, et un jugement d'avant faire droit intervient, qui nomme s'il y a lieu un juge-commissaire. Ici, au contraire, on débute par une sommation. Si l'on admet le faux principal, cette sommation n'est pas supprimée, mais elle doit être insérée dans l'acte même d'ajournement. Lorsque l'acte entaché de faux est un jugement que le gagnant signifie comme base de ses poursuites, le perdant ne peut pas, s'il veut arguer de ce jugement de faux, procéder de suite par sommation d'avoué à avoué ; il faut d'abord demander la nullité des poursuites, et ensuite seulement, lorsque l'adversaire produit son titre, procéder contre lui suivant les formes prescrites pour le faux incident.

La partie sommée doit faire sa réponse dans la huitaine (art. 216 C. pr.). Ce délai n'est pas franc, puisqu'il n'a pas pour point de départ une signification à personne ou domicile. D'ailleurs, les termes de la loi sont précis en ce sens. Si la partie prouvait qu'à raison de la distance elle n'a pas pu faire parvenir sa réponse en temps utile, elle serait relevée de la déchéance prononcée contre elle. Ce délai de huitaine n'est pas fatal, mais simplement comminatoire. En d'autres termes, même après l'expiration de la huitaine, le défendeur peut encore faire parvenir sa réponse, tant que le demandeur en faux n'a pas réclamé et obtenu jugement ordonnant le rejet de la pièce.

Au surplus, même quand le demandeur réclame le rejet de la pièce à raison du silence gardé par l'autre partie, le rejet n'est pas de droit; il appartient au juge d'apprécier les raisons de fait et de droit qui ont empêché le défendeur d'accomplir les formalités prescrites. C'est en ce sens que la jurisprudence est définitivement fixée (1).

Dans ce premier cas, où le défendeur en faux garde le silence, le demandeur se pourvoit à l'audience par simple acte, pour faire ordonner que la pièce maintenue fausse sera rejetée par rapport au défendeur, de telle sorte que celui-ci ne pourra pas l'invoquer.

Le second cas qui peut se présenter est celui où le défendeur répond qu'il répudie la pièce et ne veut pas s'en servir; même solution que dans l'hypothèse précédente.

Mais s'il s'agit d'un acte intéressant l'ordre public, d'un acte de mariage, par exemple, le silence du défendeur, pas plus que sa renonciation expresse, ne peut suffire pour motiver le rejet de la pièce. Autrement, il serait parfois facile par ce moyen de tourner des lois d'ordre public et, par exemple, en matière de mariage, de divorcer par consentement mutuel. Aussi, toutes les fois que l'ordre public est intéressé, il est indispensable que l'inscription de faux suive son cours. Dans tous les cas, le ministère public doit être entendu sur les conclusions tendant au rejet de la pièce (art. 251 C. pr.).

Après avoir déclaré qu'il ne veut pas se servir de la pièce, le défendeur ne peut pas revenir sur sa déclaration, même avant que le jugement ait été rendu (car cette déclaration forme un aveu de la fausseté de la pièce), à moins qu'il n'y ait eu de sa part erreur ou qu'il ait été victime d'une fraude. Mais, au contraire, le défendeur peut, en tout état de cause, abandonner la pièce arguée de faux, bien qu'il ait primitivement déclaré qu'il s'en servirait.

C'est à ce troisième cas que nous arrivons (art. 218 C. pr.). La décla-

(1) Voy. *Jur. gén.*, v° *Faux incident*, n$^{os}$ 116 et suiv.

ration du défendeur qu'il veut (ou non) se servir de la pièce, doit être faite par acte d'avoué, signé de la partie ou du porteur de sa procuration spéciale et authentique. L'avoué n'a pas, dans son mandat ordinaire, pouvoir suffisant pour faire cette déclaration : il lui faut un mandat spécial et notarié. La loi ne veut pas que cette déclaration, à raison même de son importance, dégénère en simple formalité de procédure. On a soutenu que cette déclaration pourrait être faite verbalement à l'audience. Mais nous croyons, au contraire, qu'elle doit être écrite ; il en était déjà ainsi dans notre ancien droit, et le texte des articles 216 et 217 du Code de procédure, comme aussi les travaux préparatoires, prouvent que les rédacteurs du Code n'ont pas entendu innover. L'orateur du Tribunat, insistant sur la nécessité d'une réponse écrite, disait que cette forme était tellement rigoureuse dans notre ancien droit, qu'on avait vu une cour supérieure annuler une inscription de faux, parce qu'on s'était contenté d'une réponse affirmative faite par la partie à l'audience sur interpellation du juge.

Quand le défendeur a répondu qu'il entend se servir de la pièce, le demandeur déclare par acte au greffe qu'il s'inscrit en faux. Cette déclaration doit être pure et simple ; on ne peut pas s'inscrire en faux sous condition ni subsidiairement. Autrefois, le demandeur avait vingt-quatre heures à partir de la réponse du défendeur pour s'inscrire en faux ; aujourd'hui, la loi ne fixe pas de délai dans lequel le demandeur doit faire cette déclaration, mais comme il ne faut pas mettre le défendeur à sa discrétion, ni que la procédure du faux puisse devenir un simple moyen dilatoire, le défendeur a le droit, si le demandeur tarde trop à s'inscrire, de poursuivre l'audience à l'effet de faire prononcer la déchéance de l'inscription de faux et de continuer le fond de l'affaire.

La déclaration est faite au greffe par le demandeur lui-même ou par son fondé de pouvoir spécial et authentique. L'avoué lui-même devrait avoir cette procuration et le greffier a le droit d'exiger que la procuration demeure annexée à l'original de l'acte d'inscription (1).

Aussitôt que l'inscription de faux a été formulée, le demandeur donne avenir à l'effet de faire admettre cette inscription et de faire nommer le juge-commissaire. On plaide alors tant en la forme qu'au fond et, avant d'admettre l'inscription, le tribunal recherche si la pièce est susceptible d'être attaquée par la voie de l'inscription de faux, si l'inscription est de nature à influer sur le fond du procès, enfin si elle réunit les conditions de la loi.

Le tribunal a pleins pouvoirs pour admettre ou rejeter l'inscription *de plano*, sans attendre que le demandeur ait fourni les moyens sur lesquels il prétend s'appuyer. Si la demande d'inscription de faux paraît au tribunal évidemment dénuée de tout fondement, il peut la rejeter d'emblée, c'est ce qui résulte bien de l'article 214 du Code de procédure. Aussi la jurisprudence est-elle fixée en ce sens. D'ailleurs, les juges pourraient rejeter dès l'abord l'acte comme faux, sans être obligés d'ordonner la procédure de l'inscription de faux, si la fausseté était manifeste et se révélait à la première

(1) Civ. rej., 31 décembre 1850, D. P. 51, 1, 286.

inspection. Ils pourraient procéder ainsi et rejeter d'emblée l'acte, même en cas de faux intellectuel ; la distinction que l'on a voulu faire sur ce rapport entre le faux matériel et le faux intellectuel est arbitraire.

En résumé, le tribunal a un pouvoir discrétionnaire, soit pour admettre tout de suite la pièce comme sincère, soit pour la rejeter *de plano* comme fausse, soit enfin, s'il y a doute, pour ordonner l'inscription de faux (1). Mais le tribunal devra toujours se montrer fort circonspect en cette matière, car le législateur n'a pas voulu qu'en général la force probante des actes authentiques tombât autrement que par une certaine procédure, et déclarer faux un acte sans recourir à cette procédure, c'est violer l'article 1319 du Code de procédure, si la preuve du faux ou de la sincérité n'est pas tout à fait manifeste. Toutefois, si le tribunal estime que l'acte est complètement inutile au procès, il peut écarter l'inscription de faux pour ce motif et sans rien préjuger sur sa sincérité ou sa fausseté (2). La dernière hypothèse est celle où le tribunal admet l'inscription de faux ; le tribunal rend alors un jugement qui prononce cette admission et nomme le juge-commissaire ; ce jugement est manifestement interlocutoire et comme tel susceptible d'appel immédiat, en supposant que le fond du procès comporte cette voie de recours.

Par cela même que le jugement admet l'inscription de faux, la force probante de l'acte est suspendue. Aussi faut-il surseoir au jugement de la demande principale ou tout au moins de la partie de cette demande qui se réfère à l'acte argué de faux (arg. art. 427 C. pr.). Quant à la force exécutoire (et on sait qu'elle est attachée seulement aux actes notariés et aux jugements), le tribunal est libre de la maintenir ou de la suspendre (art. 1319 C. civ.). Il peut donc arriver que l'acte, tout en perdant provisoirement sa force probante, conserve sa force exécutoire. On est en présence de ce fait assez étrange d'un acte qui ne prouve plus l'existence d'une créance et qui peut cependant encore servir à en assurer le recouvrement. On en a donné pour raison que la formule exécutoire est un ordre du pouvoir exécutif et, comme telle, indépendante de la force probante, qu'il y aurait en outre grand inconvénient à arrêter nécessairement les procédures d'exécution par une inscription de faux. Nous ne croyons pas ces raisons fondées et il nous paraîtrait plus naturel de lier les deux forces l'une à l'autre, de sorte qu'elles seraient toutes deux suspendues par le jugement qui admet l'inscription de faux.

Au criminel, le législateur a également séparé la force probante de la force exécutoire. Celui qui argue l'acte de faux peut, nous l'avons vu, se porter partie civile, même devant le juge d'instruction, et alors l'acte perd provisoirement sa force probante à partir du moment où l'action civile a été

(1) Paris, 30 mai 1879, D. P. 79, 2, 137 ; req., 28 novembre 1881, D. P. 82, 1, 69 ; civ. rej., 28 décembre 1881, D. P. 82, 1, 345 ; Orléans, 8 mars 1883, D. P. 84, 2, 227 ; Pau, 16 juin 1886, D. P. 87, 1, 133 ; Limoges, 7 décembre 1891, D. P. 92, 2, 201 et ma note ; req., 26 janvier 1892, D. P. 92, 1, 422 ; Crim. rej., 15 juin 1894, D. P. 94, 1, 569 ; req., 3 janvier 1900, D. P. 1900, 1, 96.

(2) Voy. la jurisprudence dans Dalloz, *Jur. gén.*, v° *Faux incident*, n° 75 ; Dijon, 2 juillet 1890, D. P. 94, 1, 175 ; req., 26 janvier 1892, D. P. 92, 1, 422 ; Pau, 5 janvier 1894, D. P. 96, 1, 215.

intentée (art. 250 C. pr.). Mais la loi ne lui [illegible] ou
force exécutoire qu'à partir de l'arrêt de [illegible] pièce
accusation (art. 1319 C. civ.). Cette [illegible] est
heureuse et il vaudrait mieux qu'au [illegible] verbal
pendue, la force exécutoire eût le même [illegible]
riser un créancier à se faire payer au moyen de [illegible] (art. 225
d'un acte qui ne prouve plus, du moins pour le moment [illegible] qui exis-
D'ailleurs, au criminel, la force [illegible] de ne pas
celui qui critique l'acte se porte partie civile [illegible] pièce dont
plainte, celle-ci ne produit aucun effet [illegible] elle compro-
l'article 250 du Code de procédure [illegible] jours, d'adresser

D. *Seconde phase : Procédure pour* [illegible] et de l'heure
*du faux* (art. 219 à 233 C. pr.). — Cette [illegible] même (art. 225
parties distinctes. L'une, devant le juge-commissaire [illegible] le juge et le minis-
au greffe de la pièce arguée de faux [illegible] il n'est pas néces-
pour que les deux parties [illegible]
une procédure à l'audience et elle a pour [illegible] remplit les mêmes for-
seront admis pour établir le faux [illegible] suivant l'exigence des cas,

L'inscription de faux étant admise [illegible] expéditions sans attendre
terminé la première période [illegible] procès-verbal à part (art. 226
un juge-commissaire, et il [illegible]
alors remettre la pièce au greffe [illegible] tion de l'état de la pièce. Le
jugement (art. 219 C. pr.). [illegible] de cet état, ratures, surcharges,
des distances, par ce motif que la [illegible] pr.). Il est dressé par le juge-
l'avoué, c'est lui qui peut en [illegible] blic, du demandeur et du défen-
partie assiste à cette remise [illegible] ale et authentique (art. 227 C. pr.).
l'ordonnance de 1737, [illegible]; il doit s'abstenir dans le procès-
pas fatal. Le dépôt [illegible]
deur ne prend pas acte [illegible] le juge-commissaire, par le minis-
demandeur, il pourrait [illegible]. Si l'une des parties ne comparaît
se justifiait d'une [illegible] procès-verbal (art. 227 C. pr.). Aux
le retard du défendeur [illegible] édure, le demandeur en faux ou son
l'audience et [illegible] tout état de cause des pièces arguées
opérer lui-même [illegible] communiquer la pièce, il a le droit,
pas être autorisé [illegible] pendant la communication qui a lieu
l'adversaire. [illegible] loi ne parle pas de la communication
demandeur [illegible] n'est pas douteux qu'il a le droit de la
intérêt [illegible] prendre communication de la pièce,
lui de la [illegible]; mais le greffier devra veiller à ce que
la pièce, [illegible] er.
sorte qu'el [illegible] cette partie de la procédure relative à
demande [illegible] re uniquement au cas de faux matériel,
[illegible] formellement. On fait remarquer avec
[illegible] ns le cas où il s'agit d'un faux intellectuel,
[illegible] de la pièce au greffe et surtout du procès-
[illegible] en acceptant cette solution, nous obser-
[illegible] ces circonstances, la présence de la pièce

doubles ou qui a été reçu en minute et qui se trouve dans un dépôt public ou entre les mains d'un tiers. L'avance des frais du dépôt est faite par le demandeur, mais il en est remboursé comme de frais préjudiciaux, c'est-à-dire avant la contestation principale et, à cet effet, il lui est délivré exécutoire contre le défendeur (art. 220 C. pr.).

Quand une copie a été déposée au greffe, il y a souvent nécessité de comparer cette copie avec la minute. Dans ce cas, le demandeur peut requérir que le défendeur soit tenu, dans le délai qui lui est prescrit, d'apporter la minute au greffe (art. 221 C. pr.). C'est au juge-commissaire que le demandeur adresse sa requête et le juge ordonne l'apport au greffe dans le délai qu'il fixe. Mais le juge-commissaire ne pourrait plus aujourd'hui, à la différence de ce qui avait lieu sous l'ordonnance de 1737, ordonner le dépôt d'office de la minute. Le code n'a pas reproduit la disposition de l'ordonnance sur ce point et on conçoit très bien qu'en justice civile les parties restent seules juges de l'opportunité de ce dépôt.

Quand le demandeur réclame l'apport de la minute, le défendeur doit être appelé devant le juge-commissaire pour entendre statuer sur cet apport ; sans doute, l'article 221 du Code de procédure ne le dit pas, mais cela résulte de l'article 70 du tarif. Lorsque la minute se trouve entre les mains d'un dépositaire public, c'est alors celui-ci qui doit faire l'apport (art. 221 C. pr.). Dans le cas où l'apport de la minute entraînerait des retards ou donnerait lieu à des complications inattendues, comme par exemple si le dépositaire était éloigné ou se refusait à exécuter l'ordonnance du juge-commissaire ou le jugement, alors, dans la crainte que par l'effet du retard les preuves du faux ne dépérissent, il est laissé à la prudence du tribunal d'ordonner, sur le rapport du juge commissaire, qu'il sera procédé à la continuation de la poursuite du faux sans attendre l'apport de la minute (art. 222 C. pr.). C'est au juge-commissaire ou au tribunal, quand le juge-commissaire s'en est référé à lui, à fixer : 1° un délai au défendeur pour mettre les dépositaires en demeure d'obéir à la justice, car c'est là, dans ce cas, la seule objection du défendeur ; 2° un délai au dépositaire pour apporter la minute (art. 221, 223, 224 C. pr.). Le délai court : pour le défendeur, du jour de la signification de l'ordonnance ou du jugement à son avoué (art. 224 C. pr.) ; à l'égard du dépositaire, du jour où la signification lui est faite à domicile (art. 223 C. pr.). Aucun de ces délais n'est fatal. Sur la signification qu'il reçoit, le défendeur dénonce au dépositaire l'ordonnance ou le jugement sans qu'il soit besoin d'en lever une expédition (art. 224 C. pr.). Il avertit ensuite le demandeur, par simple acte, qu'il a fait ses diligences contre le dépositaire ou, si le dépôt a déjà été effectué, il lui en donne également avis. Faute par le défendeur d'avoir fait les diligences nécessaires pour l'apport de la minute dans le délai prescrit (et nous venons de dire que ces diligences consistaient uniquement à dénoncer l'ordonnance ou le jugement au tiers), le demandeur peut se pourvoir à l'audience à l'effet de faire statuer sur le rejet de la pièce (art. 224 C. pr.). Dans le cas où la minute ne peut pas être apportée ou bien lorsqu'on justifie qu'elle a été soustraite ou perdue, le tribunal décide, suivant les circonstances, ce qu'il y a lieu de faire (art. 222 C. pr.).

Écartons maintenant l'hypothèse où le dépôt de la minute est demandé ou ordonné et revenons au cas où le défendeur a effectué le dépôt de la pièce prétendue fausse. Il est dressé acte du dépôt par le greffier et cet acte est signifié à l'avoué adverse avec sommation d'être présent au procès-verbal qui doit constater l'état de la pièce (art. 225 C. pr.).

La vérification doit avoir lieu trois jours après la sommation (art. 225 C. pr.). L'expérience a fait reconnaître l'utilité de ces brefs délais qui existaient déjà sous l'empire de l'ordonnance de 1737. Il importe de ne pas perdre de temps quand il s'agit de constater les vices d'une pièce dont l'anéantissement peut être d'un si grand intérêt pour celui qu'elle compromet. Il n'est pas nécessaire, malgré l'opinion de quelques auteurs, d'adresser requête au juge-commissaire pour obtenir indication du jour et de l'heure de la vérification. Le jour est en effet fixé par la loi elle-même (art. 225 C. pr.). Quant à l'heure, il est naturel de s'entendre avec le juge et le ministère public; d'ailleurs les convenances seules l'exigent et il n'est pas nécessaire de rédiger une requête à cet effet.

Lorsque l'apport de la minute a été ordonné, on remplit les mêmes formalités, mais le tribunal est maître de prescrire, suivant l'exigence des cas, qu'il sera d'abord dressé procès-verbal de l'état des expéditions sans attendre l'apport de la minute, duquel on dresse alors procès-verbal à part (art. 226 C. pr.).

C'est au greffe du tribunal qu'a lieu la vérification de l'état de la pièce. Le procès-verbal contient mention et description de cet état, ratures, surcharges, interlignes et autres particularités (art. 227 C. pr.). Il est dressé par le juge-commissaire en présence du ministère public, du demandeur et du défendeur ou de leurs fondés de procuration spéciale et authentique (art. 227 C. pr.). Le juge-commissaire est assisté du greffier; il doit s'abstenir dans le procès-verbal de toute appréciation.

Les pièces et minutes sont paraphées par le juge-commissaire, par le ministère public et les parties (art. 227 C. pr.). Si l'une des parties ne comparaît pas, on mentionne son absence dans le procès-verbal (art. 227 C. pr.). Aux termes de l'article 228 du Code de procédure, le demandeur en faux ou son avoué peut prendre communication en tout état de cause des pièces arguées de faux et, quand le demandeur se fait communiquer la pièce, il a le droit, sans aucun doute, de se faire assister, pendant la communication qui a lieu au greffe, d'un expert en écriture. La loi ne parle pas de la communication au défendeur ou à son avoué, mais il n'est pas douteux qu'il a le droit de la demander. Interdire au défendeur de prendre communication de la pièce, ce serait violer le droit de la défense; mais le greffier devra veiller à ce que la communication ait lieu sans danger.

D'après l'opinion générale, toute cette partie de la procédure relative à l'apport de la pièce au greffe se refère uniquement au cas de faux matériel, bien que la loi ne le dise pas formellement. On fait remarquer avec quelque apparence de raison que, dans le cas où il s'agit d'un faux intellectuel, on ne voit pas bien l'utilité du dépôt de la pièce au greffe et surtout du procès-verbal constatant son état. Tout en acceptant cette solution, nous observerons cependant que, même dans ces circonstances, la présence de la pièce

au procès et la fixation de son état matériel peuvent parfois être d'une certaine utilité.

Dans les huit jours qui suivent le procès-verbal, le demandeur est tenu de signifier au défendeur ses moyens de faux, les faits, circonstances et preuves par lesquels il prétend établir le faux (art. 229 C. pr.). Nous avons vu qu'au contraire l'ordonnance de 1737 défendait de donner communication des moyens de faux au défendeur : c'était une conséquence de ce que la procédure du faux, même civil, avait conservé un certain caractère criminel, et de la règle que l'instruction criminelle était secrète.

La jurisprudence veut que le demandeur en faux ne se borne pas à une simple dénégation du fait énoncé dans l'acte attaqué; il doit indiquer les preuves sur lesquelles il prétend établir le faux (1). Les moyens de faux sont exposés par requête grossoyée (art. 75 du tarif). Rien ne s'oppose à ce qu'après une première requête et dans l'intervalle entre la signification des moyens de faux et le jugement, le demandeur signifie une requête additionnelle comprenant les moyens omis dans la première. Mais on ne serait pas admis à invoquer à l'audience des moyens qui n'auraient pas été signifiés ou qui l'auraient été autrement que sous forme de requête, car ici cette forme est, à raison de la gravité de l'affaire, obligatoire et essentielle.

A défaut par le demandeur de signifier ses moyens dans le délai de huitaine, le défendeur peut poursuivre l'audience pour faire ordonner, s'il y échet, que le demandeur sera déchu de son inscription de faux (art. 229 C. pr.). C'est là une dérogation à la règle ordinaire qui permet aux parties de s'abstenir d'écritures toutes les fois qu'elles le jugent convenable (art. 80 C. pr.). Mais la déchéance n'est pas encourue de plein droit par le demandeur; il appartient au juge de statuer suivant les circonstances (2). Le délai de huitaine n'est donc pas fatal. Ce délai court de plein droit, sans qu'il soit nécessaire de signifier le procès-verbal; la partie ayant été présente à la discussion de la pièce a eu connaissance du jour où le procès-verbal a été dressé et a su, par cela même, quel jour expirait le délai de huitaine.

Dans les huit jours de la signification des moyens de faux, le défendeur répond par requête grossoyée. C'est là une obligation imposée au défendeur et, s'il ne s'y soumettait pas, le demandeur pourrait se pourvoir à l'audience pour faire statuer sur le rejet de la pièce (art. 230 C. pr.; art. 75 du tarif). Ce délai de huitaine, comme le précédent, n'est pas fatal, mais simplement comminatoire. La déchéance n'est donc pas encourue de plein droit par le défendeur, et le tribunal tenant compte des circonstances peut ne pas la prononcer. Mais, si le tribunal avait admis la déchéance contre le défendeur dans un jugement par défaut, celui-ci aurait toujours le droit de faire opposition et de signifier ses réponses.

Trois jours après que le défendeur a répondu, la partie la plus diligente peut poursuivre l'audience. On plaide alors sur le point de savoir s'il y a lieu d'admettre ou de rejeter les moyens de faux et le tribunal rend un jugement interlocutoire qui admet ou rejette ces moyens, soit en totalité, soit en

(1) Voy. la jurisprudence dans *Jur. gén.*, v° *Faux incident*, n°s 183 et suiv.
(2) Nîmes, 4 mars 1822, *Jur. gén.*, v° *Faux incident*, n° 200.

partie. Le tribunal jouit, pour l'admission des moyens de faux, du même pouvoir discrétionnaire que pour l'admission de l'inscription (1).

Quelquefois, le tribunal n'a pas de données assez certaines pour se prononcer sur l'admission ou sur le rejet de tous les moyens de faux. C'est alors le cas de les joindre, soit à l'incident de faux, si quelques moyens ont été admis, soit à l'affaire principale, comme le veut l'article 231 du Code de procédure.

Deux conditions sont nécessaires pour que les moyens de faux soient admis : que le fait invoqué constitue un faux d'après la loi ; que l'articulation soit de nature à établir ce fait. Si la première condition n'est pas remplie, les moyens sont définitivement rejetés et l'incident est clos. Mais, si les faits allégués à titre de preuve du faux, tout en n'étant pas assez complets ni décisifs pour permettre aux juges de déclarer qu'il y a eu faux, sont tels cependant qu'ils peuvent trouver dans l'examen de ce qui reste à juger le complément de preuve nécessaire, on joint l'incident au fond. En d'autres termes, on joint à l'incident, quand certains faits ont été admis, et au fond, quand aucun des faits n'a été admis. Dans cette dernière hypothèse, la procédure sur le faux se trouve suspendue, mais elle n'en existe pas moins, de sorte que l'instruction ayant atteint son dernier terme, les juges doivent, comme le décidait déjà autrefois Serpillon, statuer préalablement sur les moyens de faux, sauf en cas de rejet à prononcer au fond.

On voit que jusqu'à présent le tribunal a rendu deux jugements interlocutoires, l'un sur l'inscription de faux, l'autre sur les moyens de prouver le faux. On s'est demandé s'il pourrait s'en tenir à un seul jugement et, par cela même, réunir les deux premières périodes ; ce jugement statuerait à la fois sur l'admission de l'inscription de faux et sur le mérite des moyens de faux. La jurisprudence, après avoir été fort divisée sur cette question, paraît incliner pour l'affirmative. Cette solution n'est pas douteuse à notre avis pour le cas de faux intellectuel : la seconde partie de la procédure ayant pour objet l'apport de la pièce se réfère surtout au faux matériel et peut être supprimée parfois sans grand inconvénient en cas de faux intellectuel. Mais il faut aller plus loin et décider d'une manière absolue, par conséquent même en cas de faux matériel, que le tribunal peut réunir les deux périodes et statuer par un seul jugement. C'est la conséquence de ce qu'on lui reconnaît le droit de juger *de plano* sur la question de faux. S'il peut ainsi supprimer la procédure du faux incident civil toutes les fois qu'elle lui paraît inutile, à plus forte raison a-t-il le droit de l'abréger. De même et par identité de motif, si à la fin de la seconde période le tribunal a déjà formé sa conviction, il peut de suite statuer sur le faux et réunir la seconde et la troisième période en une seule par un jugement qui termine l'incident. C'est ce qui se produira, par exemple, si sa conviction sur l'existence du faux résulte déjà de présomptions graves, précises et concordantes qui lui paraissent rendre l'expertise et l'enquête inutiles (2).

E. *Troisième phase* : *Jugement sur le faux* (art. 233 à 252 C. pr.). — La troisième période ne s'entame qu'autant que les moyens de faux ont été admis

(1) Voy. la jurisprudence dans *Jur. gén.*, v° *Faux incident*, p. 207.
(2) Civ. rej., 28 décembre 1881, D. P. 82, 1, 345.

en totalité ou en partie. S'ils avaient été rejetés en totalité, l'incident de faux serait définitivement vidé. De plus, le jugement qui admet les moyens de faux étant interlocutoire sera susceptible d'appel immédiat si le fond de l'affaire comporte cette voie de recours; en pareil cas, on ne peut ouvrir la troisième période qu'autant que les délais d'appel sont expirés ou, s'il y a appel, qu'autant que le jugement de première instance a été confirmé.

Le jugement qui admet les moyens de faux doit les énoncer et ordonner que la preuve de ces moyens, et non d'autres, soit faite devant le juge-commissaire. Aux termes de la loi, cette preuve se fait soit par titres, soit par témoins, soit par experts. Le tribunal peut ordonner cumulativement ces trois genres de preuve ou choisir l'un d'eux. Si les trois genres de preuve ont été ordonnés, c'est au juge commissaire ou au tribunal à régler, d'après les circonstances, l'ordre dans lequel il doit être procédé. Les trois genres de preuve ne peuvent pas toujours être employés. Aussi, il est clair que l'expertise ne saurait être ordonnée s'il s'agit d'un faux intellectuel. On peut aussi supposer que les titres ou les témoins n'existent pas pour prouver un faux matériel; on n'aura alors que la ressource de l'expertise.

La preuve par titres est fort simple; elle résulte de ce que certains titres non contestés contredisent le fait affirmé dans l'acte argué de faux. Ainsi le demandeur prétend que tel acte authentique est faux, tout au moins en partie, parce qu'il constate la présence du défendeur à tel jour déterminé en l'étude du notaire de telle localité alors que cependant le défendeur se trouvait ailleurs; le demandeur fera sa preuve s'il résulte, en effet, d'autres actes authentiques que le défendeur était ce même jour dans tel autre lieu et si ces autres actes ne sont pas contestés.

Quant à la preuve par témoins, elle est toujours admise sans qu'il y ait ici dérogation au principe de sa prohibition, car la défense de la preuve par témoins n'existe qu'autant que la partie a pu se procurer une preuve par écrit et il est manifeste que le demandeur en faux ne saurait songer à demander un écrit portant reconnaissance que tel autre acte est entaché de faux.

Quant aux experts, ils sont nommés d'office au nombre de trois par le jugement qui a admis les moyens de faux (art. 232 C. pr.). C'est là une dérogation au droit commun qui permet sous certaines conditions, même en matière de vérification d'écritures, aux parties de choisir elles-mêmes les experts. La loi a craint que des experts désignés par les plaideurs ne fussent leurs complices pour les aider à faire disparaître les preuves d'un faux. Les experts seront le plus souvent des écrivains, parfois aussi des chimistes, par exemple pour rechercher si l'encre de la pièce n'a pas été altérée.

En matière de vérification d'écritures, les pièces de comparaison destinées à être remises aux experts sont choisies par les parties ou, si elles ne peuvent s'entendre, par le tribunal. On applique le même système en matière de faux (art. 236 C. pr.). On remet aux experts le jugement qui a admis l'inscription de faux, les pièces prétendues fausses, le procès-verbal de l'état de ces pièces, le jugement qui a admis les moyens de faux et ordonné l'expertise, les pièces de comparaison, le procès-verbal de représentation de ces pièces, le jugement par lequel elles ont été reçues (art. 236 C. pr.). On oblige les

experts à parapher les pièces prétendues fausses pour avoir la preuve qu'ils les ont consultées. Les experts doivent mentionner dans leurs rapports la remise de toutes ces pièces et faire connaître le résultat de leur examen. Dans le cas où les témoins auraient joint des pièces à leurs dépositions, chaque partie peut requérir et le juge-commissaire peut ordonner qu'elles seront représentées aux experts. Sous tous les autres rapports, on observe les règles ordinaires de la vérification d'écritures ou des expertises (art. 236 C. pr.; voy. aussi art. 237).

Quant aux témoins, on procède à leur audition suivant les formes et les règles prescrites au titre des enquêtes (art. 234 C. pr.), sauf les particularités suivantes. On présente aux témoins les pièces prétendues fausses; ils les paraphent s'ils le peuvent ou le veulent; dans le cas contraire, on mentionne leur refus ou leur impossibilité de parapher, mais l'observation de cette formalité n'est pas à peine de nullité, car cette formalité est secondaire et la loi n'a pas prononcé la nullité. Les pièces de comparaison qui doivent être présentées aux experts peuvent aussi l'être aux témoins, en tout ou en partie, si le juge-commissaire le croit utile (art. 234 C. pr.). Si de leur côté les témoins représentent quelques pièces, le juge-commissaire, après les leur avoir fait parapher et les avoir lui-même paraphées, les joint à leurs dépositions, et si elles font preuve du faux ou de la sincérité de l'acte attaqué, elles sont représentées aux autres témoins qui en ont connaissance (art. 235 C. pr.).

La preuve contraire à celle faite par le demandeur est de droit et le défendeur peut y procéder par tous les moyens donnés au demandeur, quand même le jugement d'admission serait muet à cet égard; c'est une conséquence du droit de défense.

Quant à la question de savoir quelles personnes peuvent ou non être entendues comme témoins, on applique le droit commun des enquêtes. On s'est demandé si les témoins de l'acte authentique argué de faux peuvent déposer contre cet acte. L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. Sans doute, il peut être fort pénible pour les témoins de l'acte de venir déposer contre cet acte dont ils ont attesté la sincérité par leur signature; mais ce n'est pas une raison pour créer à leur profit une incapacité que ne consacre pas la loi. Ils pourront donc être entendus dans l'enquête, sauf au tribunal à apprécier la valeur de leurs dépositions (1). D'ailleurs, ils peuvent avoir été autrefois de très bonne foi, au moment de la signature de l'acte, et ils reconnaîtront maintenant leur erreur, sans qu'il en résulte pour eux aucune preuve de complicité dans le crime de faux. Il y a plus: l'officier public, par exemple le notaire, rédacteur de l'acte argué de faux, peut lui-même être appelé comme témoin (2); sa situation sera souvent très délicate, s'il est coupable de crime ou même de simple négligence, mais il peut aussi avoir été, de très bonne foi, victime d'une simple erreur.

On s'est demandé si les trois moyens de preuve admis par la loi sont les seuls et si l'on peut en autoriser encore d'autres. Les auteurs et la jurisprudence ne paraissent pas avoir vu que cette question est assez complexe. Sans

(1) Req., 12 nov. 1856, D. P. 57, 1, 159.
(2) Req., 26 juin 1854, D. P. 54, 1, 227.

doute, les trois moyens de preuve prescrits par le Code de procédure ne sont pas obligatoires, en ce sens que les juges peuvent toujours, même *de plano*, comme nous l'avons dit, admettre ou rejeter le faux, s'ils trouvent dans les documents produits ou dans les faits de la cause des éléments suffisants pour former leur conviction (1). Mais si leur conviction n'est pas formée, il faut bien alors qu'ils ordonnent la preuve, et doivent-ils s'en tenir aux trois moyens énumérés par le code ? Ici encore des distinctions s'imposent.

Il est certain qu'ils peuvent se décider par des présomptions graves, précises et concordantes, car il est de principe que, dans tous les cas où la preuve par témoins est autorisée, la preuve par présomption de l'homme est également permise.

Quant à l'aveu, il peut être un élément de conviction du juge, ne serait-ce qu'à titre de simple présomption de l'homme, mais il ne saurait faire preuve par lui-même, car l'ordre public est intéressé à ce qu'un acte faux ne passe pas pour sincère, et réciproquement, et il pourrait en être autrement si l'aveu faisait nécessairement preuve. A plus forte raison doit-on exclure complètement le serment décisoire ou supplétoire, qui pourrait imposer au juge l'obligation de déclarer sincère une pièce fausse, ou réciproquement. C'est seulement sous le bénéfice de cette distinction que les moyens de preuve admis par le titre du faux incident civil sont exclusifs des autres.

L'instruction terminée, la partie la plus diligente signifie à son adversaire les procès-verbaux d'enquête, de contre-enquête, d'expertise, et poursuit l'audience par un simple avenir pour plaider sur le résultat des preuves administrées devant le juge-commissaire (art. 238 C. pr.). L'appréciation des faits rentre dans le pouvoir discrétionnaire du tribunal, qui n'est lié ni par l'enquête, ni par l'expertise.

Le ministère public doit être entendu à peine de nullité, à cause de l'intérêt général et d'ordre public qui s'attache à cette affaire (art. 251 C. pr.).

Le jugement qui termine cette procédure est visiblement définitif.

Ou bien le tribunal déclare la pièce fausse ; il la rejette alors du procès et en ordonne, suivant les cas, la suppression, la lacération, la radiation en tout ou en partie, la réformation ou le rétablissement (art. 241 C. pr.). La suppression de la pièce consiste dans sa destruction, de même la lacération. La radiation porte sur la partie de la pièce qui est déclarée fausse, ou même sur la pièce entière quand elle fait partie d'un registre. La réformation consiste à supprimer sur la copie les mots qui ne se trouvent pas dans la minute, à remettre à leur place les mots qui ont été transposés, à écrire correctement ceux qui ont été mal écrits ; le rétablissement, à reproduire sur la copie les clauses, les stipulations qui se trouvent dans la minute et qui ont été omises dans la copie. Lors donc que la loi parle de suppression, lacération, radiation, ces mots doivent être pris dans leur sens matériel et physique et non pas dans un sens simplement intellectuel. Ainsi on ne doit pas laisser la pièce physiquement intacte et notamment, en cas de lacération, de suppression,

(1) Req., 2 mars 1869, D. P. 69, 1, 447 ; Riom, 13 décembre 1886, D. P. 88, 2, 67 ; Lyon, 16 juillet 1889, D. P. 90, 2, 287 ; Pau, 28 décembre 1892, D. P. 94, 2, 355 ; req., 3 janvier 1900, S. 1900, 1,96.

il ne s'agit pas d'une simple mention à insérer dans l'acte, mais d'une destruction matérielle, totale ou partielle. Si le législateur avait voulu laisser subsister la pièce avec mention de sa lacération ou suppression, il n'aurait pas été nécessaire de déroger, comme il l'a fait, aux principes ordinaires relatifs aux effets de certaines voies de recours. D'ailleurs, le législateur a eu tort d'ordonner une destruction matérielle, totale ou partielle; une destruction morale eût été préférable, car rien ne dit que la pièce reconnue fausse entre les plaideurs actuels ne pourra cependant pas servir à d'autres, à raison des effets purement relatifs de la chose jugée en matière civile. Il aurait mieux valu consacrer ici d'une manière générale le système établi par l'article 101 du Code civil en matière d'actes de l'état civil.

Dans tous les cas où la pièce est déclarée fausse, sans être rétablie dans son état de sincérité, elle perd définitivement et à la fois sa force probante et sa force exécutoire.

Ou bien le tribunal rejette l'inscription de faux et maintient la pièce au procès. Dans ce cas le demandeur en faux succombe. De plus, comme il a été plaideur téméraire dans une affaire fort grave, il est condamné à une amende qui, aux termes de la loi, ne peut être moindre de 300 francs; mais, la loi ne déterminant pas le maximum de cette amende et les amendes arbitraires ayant disparu de notre droit, il en résulte qu'ici cette peine pécuniaire porte nécessairement sur une somme fixe de 300 francs (art. 246 C. pr.).

Il ressort de la loi que le demandeur est frappé de l'amende, non seulement s'il succombe sur le troisième jugement qui déclare la pièce sincère, mais encore et aussi si le second jugement a écarté les moyens de faux et ainsi terminé la procédure. Cependant le demandeur n'encourt pas cette peine lorsque le premier jugement rejette son inscription de faux (art. 246, 247, 248 C. pr.). En d'autres termes, l'amende est due dès que, la demande en inscription de faux ayant été admise, le demandeur succombe ensuite, soit que l'affaire s'arrête à la seconde période parce que ses moyens de faux sont écartés, soit que, l'affaire continuant, le jugement définitif déclare la pièce sincère, soit encore que le demandeur se désiste volontairement, soit enfin, suivant les termes de la loi, que les parties *aient été mises hors de procès*, expressions impropres empruntées à tort à l'ordonnance de 1737, où elles avaient leur raison d'être, parce que la procédure du faux incident avait une allure de procédure criminelle et que mettre hors de cause signifiait être acquitté, non pas purement et simplement, mais faute de preuves suffisantes.

D'après la jurisprudence, il n'est prononcé qu'une amende, et le nombre des pièces arguées de faux est indifférent dès qu'il existe une seule demande en faux et lors même que cette demande émanerait de plusieurs parties conjointes (1). Cette solution est fort contestable, car le législateur n'a pas entendu prononcer l'amende contre la demande, mais contre celui qui a commis la faute d'arguer de faux une pièce sincère. Or la circonstance que plusieurs personnes ont commis cette faute en commun ne saurait en modifier la gravité.

(1) Toulouse, 18 juin 1875, D. P. 78, 2, 214.

L'amende est acquise de plein droit au fisc, même si le jugement n'en parle pas ; le receveur a le droit d'en poursuivre le recouvrement toutes les fois que le demandeur échoue dans le second ou dans le troisième jugement. Le demandeur ne pourrait pas se soustraire à l'amende en offrant de poursuivre le faux « par la voie extraordinaire », c'est-à-dire au criminel (art. 247 C. pr.). Cela prouve bien que le criminel est à cet égard sans influence sur le civil ; aussi l'amende serait-elle définitivement acquise au fisc et il n'y aurait pas lieu à restitution, même dans le cas où plus tard, à la suite d'une poursuite criminelle, la pièce serait reconnue fausse en justice répressive.

L'amende est aussi encourue par le demandeur qui se désiste sans attendre le jugement, comme aussi par celui dont la demande est rejetée pour inobservation des formalités prescrites par la loi.

Suivant le droit commun, le demandeur peut être condamné à des dommages-intérêts (1) au profit du défendeur, à la condition que celui-ci les demande. Indépendamment de ces dommages-intérêts, la partie à laquelle on les accorde a droit, selon les cas, à d'autres réparations, par exemple à la suppression des écritures ou à l'impression ou affiche du jugement, ou à des insertions dans les journaux.

Le jugement qui statue sur le faux, qu'il l'admette ou le rejette, est susceptible d'appel si l'affaire comporte au fond cette voie de recours. Mais le législateur établit des principes particuliers pour le cas où le jugement a reconnu le faux. Par exception au droit commun, le délai d'appel est lui-même suspensif, de sorte qu'on ne peut ni supprimer ni modifier la pièce tant qu'il n'est pas expiré. Si le jugement est en dernier ressort, les délais de la requête civile et du pourvoi en cassation sont eux-mêmes suspensifs en vertu d'une autre et plus remarquable encore dérogation aux principes ordinaires (art. 241 C. pr.), car, de droit commun, ces voies de recours extraordinaires elles-mêmes n'arrêtent pas l'exécution. Mais comme il n'y a pas de délai pour la tierce opposition ni pour la prise à partie et, en outre, aussi dans le silence de la loi, on retombe, sous ce rapport, sous l'empire du droit commun ; seulement on verra qu'en cas de tierce opposition les juges peuvent surseoir à l'exécution.

Ces dérogations au droit commun s'expliquent aisément. Il y aurait le plus grave inconvénient à opérer la lacération, la destruction, tant que le jugement n'est pas devenu irrévocable, car rien ne dit qu'à la suite d'une de ces voies de recours le jugement qui a admis le faux ne sera pas réformé.

La loi ne parle pas du délai d'opposition. Il était, en effet, inutile de s'en occuper, parce qu'il est déjà, en toute matière, suspensif; il est donc naturel qu'il le soit également ici.

C'est le greffier qui exécute les injonctions du tribunal relatives à la lacération, destruction, suppression, etc., mais comme on vient de le voir, il ne procède à ces mesures d'exécution qu'autant que le jugement n'est plus susceptible d'aucune voie de recours. C'est aussi seulement à l'époque où le jugement ne comporte plus aucune voie de recours que les pièces de conviction ou de comparaison sont restituées à leurs propriétaires ou dépositaires en

(1) Req., 21 juin 1853, D. P. 54, 5, 381.

vertu du jugement qui statue sur le faux et conformément aux dispositions des articles 242 à 244 du Code de procédure.

F. *Quelques particularités de la procédure du faux.* — Pour en finir avec la procédure du faux incident civil, il reste à expliquer quelques dispositions inspirées au législateur en vue du cas où la procédure du faux civil pourrait amener la découverte d'un crime.

En premier lieu, l'existence d'un crime de faux peut être l'occasion, pour le président du tribunal, le procureur de la République et le demandeur, de saisir la justice répressive.

Le président du tribunal a le droit de lancer mandat d'amener contre l'auteur du faux (art. 239 C. pr.), mais, s'il le préfère, il peut se borner à transmettre les pièces au juge d'instruction (art. 462 C. inst. crim.).

Les mêmes droits appartiennent au procureur de la République (art. 251 C. pr. et 462 C. inst. crim.). Nous avons déjà vu que le ministère public doit donner ses conclusions pour tout jugement rendu en matière de faux et nous ne comprenons pas, en présence des termes absolus de l'article 251, que certains auteurs aient dispensé le ministère public de donner ses conclusions pour le jugement qui termine la première période en admettant ou en rejetant l'inscription de faux. Le défaut de communication au ministère public donnerait, suivant le droit commun, ouverture à appel ou à requête civile.

Enfin, aux termes de l'article 250 du Code de procédure, le demandeur en faux incident peut aussi se pourvoir par la voie criminelle en faux principal, si le ministère public ne prend pas l'initiative de la poursuite criminelle. En d'autres termes, le demandeur en faux civil a le choix entre deux partis : persister dans la voie civile ou l'abandonner pour préférer la voie criminelle, et ce choix lui appartient en tout état de cause. Mais aujourd'hui les droits des particuliers au point de vue de l'action publique sont singulièrement limités. Ils peuvent sans doute déposer des plaintes qui ne lient jamais le ministère public, toujours libre d'agir ou non; ils peuvent aussi se porter parties civiles, même devant le juge d'instruction, qui est alors obligé de rendre une ordonnance. Pour que le demandeur soit considéré comme abandonnant la voie civile, il ne suffirait pas qu'il prît le rôle de plaignant : il faut qu'il se porte partie civile. On sait que cette action civile suspend déjà la force probante de l'acte, mais que cette acte ne perdra provisoirement sa force exécutoire qu'à partir de l'arrêt de renvoi devant la cour d'assises.

On est loin de s'entendre sur l'explication de cet article 250 qui permet au demandeur d'abandonner la voie civile pour prendre la voie criminelle; on ne s'accorde même pas sur le point de savoir quel est le droit commun en cette matière. Les uns s'en tiennent à l'ancienne règle : *Electa una via non datur regressus ad alteram*, et en concluent que l'article 250 y déroge pour le cas de faux. D'autres soutiennent que cette règle de l'ancien droit n'ayant pas été consacrée par les codes a perdu toute force obligatoire et qu'en général le demandeur peut toujours, après voir pris une voie, préférer l'autre; l'article 250 ne serait alors qu'une application du droit commun. Dans une troisième opinion, sans aller aussi loin, on prétend qu'il est permis de quitter la juridiction criminelle pour prendre la juridiction civile, parce que celle-ci

est plus douce, mais que la réciproque n'est pas vraie, sauf en matière de faux, à cause de l'article 250. A notre avis, dans le silence de la loi, il faut, en général, appliquer les principes du désistement, lequel ne peut pas avoir lieu sans le consentement des deux parties. Dès que le demandeur s'est engagé dans une des deux voies, il ne peut donc l'abandonner qu'avec le consentement du défendeur pour prendre la seconde. Mais l'article 250 déroge à ce système général et permet, en matière de faux, au demandeur de quitter la voie civile sans le consentement du défendeur, pour s'adresser à la juridiction criminelle.

Toutes les fois que la justice criminelle est saisie, la procédure civile du faux reste suspendue, suivant la règle générale que le criminel tient le civil en état (art. 250 C. pr. et 1319 C. civ.; art. 3 et 460 C. inst. crim.). Cependant, et en vertu du même article 250, il est permis au tribunal de passer outre au jugement de la cause civile, sans attendre le jugement de la cause criminelle, si les juges estiment que l'affaire peut être instruite et jugée indépendamment de la pièce arguée de faux, ce qui est abandonné à leur appréciation souveraine.

Il peut arriver que la pièce ait été déclarée fausse au civil et qu'ensuite des poursuites soient commencées au criminel ou bien encore que, malgré le jugement déclarant la pièce sincère au civil, des poursuites soient commencées au criminel; c'est la conséquence de ce que la chose jugée au civil, n'étant qu'une vérité relative entre les parties au procès et ceux qu'elles représentent, ne saurait avoir aucun effet sur l'action publique. L'action criminelle est absolument indépendante de l'action civile.

D'un autre côté, les jugements des tribunaux de répression ont autorité de chose jugée d'une manière absolue et non pas seulement d'une manière relative, comme les jugements civils, en tant qu'ils statuent sur la culpabilité de l'inculpé, sur le point de savoir si le fait constitue une infraction, et quelle peine il y a lieu d'appliquer. Les tribunaux civils doivent donc se soumettre à ces solutions, lorsque le fait leur revient au point de vue des intérêts particuliers. Par exemple, s'il résulte de la décision du tribunal de répression qui a prononcé un acquittement, que l'inculpé n'est pas l'auteur du fait, le tribunal civil ne saurait prononcer ensuite une condamnation à des dommages-intérêts. Mais il peut très bien arriver cependant qu'un prévenu, acquitté par la justice répressive, soit ensuite condamné à des dommages-intérêts par la justice civile, sans qu'il y ait contradiction entre les deux décisions: c'est ce qui se produit toutes les fois que la décision de la justice répressive n'impliquera pas que l'inculpé n'est pas l'auteur du fait. Il peut en effet avoir été acquitté, quoiqu'il soit l'auteur du fait et par exemple parce que ce fait ne constitue pas une infraction à la loi pénale: il n'en peut pas moins rester un délit civil donnant lieu à des dommages-intérêts.

Toutes ces solutions, après bien des hésitations et des controverses dans la doctrine et la jurisprudencene, ne paraissent plus soulever aucune difficulté. Toutefois, on donne parfois une explication insuffisante de la règle que la chose jugée au criminel est revêtue d'une présomption de vérité absolue. On dit que c'est la conséquence de ce que les tribunaux de répression ont reçu, à l'exclusion de tous autres, mission de statuer sur la culpabilité, sur la qua-

lification du fait, sur la peine. Mais les tribunaux civils n'ont-ils pas aussi reçu mission exclusive de statuer sur les intérêts civils, et cependant ce qu'ils jugent n'est revêtu que d'une présomption de vérité relative. Cette différence doit s'expliquer tout autrement : les tribunaux de répression statuent toujours au nom de la société, non seulement lorsque l'action publique est intentée par le ministère public, mais même si elle est mise en mouvement par des particuliers auxquels appartient ce droit dans des cas exceptionnels ; au contraire, les tribunaux civils ne jugent jamais qu'entre particuliers.

## § 85. — **L'enquête** (art. 252 à 295, 407 à 414 C. pr.).

A. *Généralités.* — Le Code de procédure organise deux sortes d'enquête, l'une ordinaire, l'autre sommaire. La première est ainsi appelée parce qu'elle est de droit commun et la seconde est dite sommaire parce qu'elle n'est permise que dans les affaires de cette nature. Il y eut longtemps, dans notre ancien droit, une troisième sorte d'enquête, dite enquête par turbe, qui remontait aux institutions du moyen âge et notamment au jury de cette époque. Elle avait pour objet l'interprétation ou l'application d'une coutume obscure ou muette. Ces enquêtes donnèrent naissance à tant d'abus et furent la cause de telles ruines pour les plaideurs qu'en dernier lieu l'ordonnance de 1667 (tit. XIII, art. 1er) les prohiba d'une manière absolue.

Aujourd'hui, dans les cas rares où la loi a conservé les coutumes locales, ces coutumes se constatent par de précédentes décisions rendues par les juges de la localité et, s'il faut recourir à des dépositions de témoins, on suit les formes de l'enquête ordinaire.

L'enquête est une procédure qui a pour objet la découverte de la vérité par l'audition des témoins. La preuve par commune renommée se fait aussi au moyen d'une enquête (1); mais tandis qu'ordinairement les témoins déposent sur des faits précis dont ils ont acquis personnellement connaissance, au contraire, dans les cas tout à fait rares où la loi autorise la preuve par commune renommée, ils déposent sur de simples ouï-dire ou se bornent à énoncer l'opinion qu'ils se sont formée, de quelque manière que ce soit, sur les faits en litige.

Chez les Romains, il fut de principe en tout temps que le juge pouvait former sa conviction d'une manière quelconque par témoins, par écrits ou autrement et la preuve la plus généralement adoptée était celle par témoins. A l'époque franque et au moyen âge, dans un temps où le peuple ne savait ni lire ni écrire, mais où la foi était vive, la preuve testimoniale et le serment devinrent d'une application tout à fait large. Le droit romain considérait

(1) La preuve par commune renommée n'est en général admissible que pour établir la consistance d'un mobilier non inventorié contre celui qui était chargé d'en faire dresser l'inventaire : art. 1415, 1442, 1504 C. civ. Certains auteurs ont admis que cette preuve pouvait être faite par témoins, devant le notaire, cet officier ministériel chargé de dresser inventaire paraissant désigné pour recevoir les déclarations des parties et des tiers à l'effet d'établir l'actif mobilier. C'est là une erreur : cette enquête ne peut avoir lieu que devant un juge. Douai, 11 avril 1884, S. 84, 2, 157.

déjà, comme on l'a dit, la preuve testimoniale à titre de preuve de droit commun et le serment se développa sous l'influence de l'Église, qui trouva même par là le moyen d'attirer un grand nombre de causes devant ses juridictions. D'ailleurs, la preuve à l'aide d'écrits resta beaucoup plus fréquente qu'on ne le croit très généralement. L'enquête avait alors le grave défaut d'être essentiellement formaliste, de sorte que la moindre irrégularité l'empêchait de profiter aux plaideurs. On finit par reconnaître aussi que la corruption des témoins était malheureusement chose facile, surtout dans les procès d'une réelle importance et que les témoins prêtaient de faux serments aussi bien que les parties elles-mêmes.

Après avoir longtemps admis que la preuve testimoniale était de droit commun et qu'elle devait même l'emporter sur la preuve écrite, suivant la formule : *Témoins passent lettres*, l'ordonnance de Moulins de 1566 (art. 54) renversa la règle et prohiba en principe la preuve testimoniale. La preuve par témoins ne fut plus permise que jusqu'à la somme ou valeur de cent livres. Cette prohibition a été reproduite ensuite par l'ordonnance de 1667 (tit. XX, art. 2) d'où elle a passé dans le Code civil (art. 1341). Ce code a toutefois permis la preuve testimoniale jusqu'à un chiffre un peu plus élevé, jusqu'à 150 francs. On a pensé avec raison que, dans les petits procès, les subornations de témoins seront toujours rares, faute d'intérêts suffisants : l'achat d'un ou de plusieurs témoins coûterait plus cher que ne vaudrait le litige. Il est permis d'ajouter que le faux témoignage, qui était devenu autrefois une véritable profession lucrative (1), est fort rare de nos jours.

L'ordonnance de 1566 ne donne pas la corruption des témoins comme cause de la prohibition de la preuve testimonale ; mais, ce qui revient au même, elle dit que cette prohibition a pour objet d'empêcher la multiplicité des procès et cette multiplicité provenait précisément des subornations de témoins. D'ailleurs, nos anciens jurisconsultes sont tous très explicites.

Suivant une certaine doctrine, malgré les antécédents historiques et le texte de l'article 1341 du Code civil, la prohibition de la preuve testimoniale aurait un caractère exceptionnel, de sorte que cette preuve devrait être admise toutes les fois qu'il n'existerait aucun texte pour la défendre. Ainsi la loi l'a interdite pour ce qui concerne les conventions ou l'extinction des obligations qui en résultent ; de même pour les questions d'état ; mais, là où elle n'est pas défendue, elle doit être permise. Il est vrai que l'article 1341 porte : *toutes choses* ; mais on sait que ces mots furent mis dans l'ordonnance de 1667 pour montrer que la nécessité de l'acte écrit s'applique aussi bien à l'exécution des conventions qu'aux conventions elles-mêmes. De même, dans le projet du Code civil, notre article portait : « Il sera passé acte de toutes conventions sur choses. » Et on a substitué à ces expressions la formule actuelle, parce qu'elle était celle de l'ordonnance de 1667, mais on a entendu lui donner le même sens que dans l'ordonnance, par conséquent exiger la preuve écrite seulement pour les conventions et pour l'extinction des obligations. De même, l'article 253 du Code de procédure dit que l'enquête peut

(1) On connaît ces deux vers des *Plaideurs* de Racine :
Ce grand homme-là, sec, qui me sert de témoin
Et qui jure pour moi, lorsque j'en ai besoin.

être ordonnée si la loi n'en défend pas la preuve. Donc, il faut que la preuve testimoniale soit exclue par un texte pour qu'on ne l'admette pas.

Nous n'hésitons pas à préférer l'opinion contraire, suivant laquelle la prohibition de la preuve par témoins est une règle fondamentale de notre procédure ; pour qu'on puisse l'admettre, il faut un texte formel qui l'autorise (1). Les termes « toutes choses » qu'on lit dans l'article 1341 du Code civil sont textuellements reproduits des ordonnances de 1566 et 1667. Malgré la généralité de ces termes, on s'était prévalu d'une équivoque qui s'était glissée dans l'ordonnance de 1566 pour soutenir que la prohibition de la preuve testimoniale ne s'appliquait qu'à la formation des conventions et ne concernait pas, du moins en général, l'extinction des obligations. Pour mettre un terme à ces chicanes, l'ordonnance de 1667 substitua aux mots « seront passés contrats », qu'on lisait dans l'ordonnance antérieure, les expressions « seront passés actes » qui coupent court aux difficultés, et depuis cette époque on reconnut que les termes « toutes choses » ne désignaient pas seulement les faits juridiques par lesquels les conventions se forment, mais encore ceux par suite desquels les obligations s'éteignent. Aujourd'hui, les mots « toutes choses » ont un sens encore plus large que dans l'ordonnance de 1667. Le soin minutieux avec lequel le législateur a formulé, dans l'article 1348 du Code civil, les cas exceptionnels où la prohibition de l'article 1341 cesse de recevoir application, le prouve nettement. On ne peut pas, en effet, expliquer l'exception apportée par le n° 1 de cet article 1348 quant aux obligations naissant des délits, si l'on n'admet pas que la volonté du législateur a été de poser dans l'article 1341 une règle générale se référant non seulement à la formation des conventions et à l'extinction des obligations, mais encore à tous les autres faits juridiques, de quelque nature qu'ils puissent être.

Une autre question plus délicate et déjà controversée dans notre ancien droit est celle de savoir si la prohibition de la preuve testimoniale est d'ordre public ou seulement d'intérêt privé, de sorte que si on admet cette seconde solution, la partie au profit de laquelle la prohibition est établie pourrait y renoncer.

A notre avis, la défense de la preuve testimoniale est d'ordre public ; le juge doit donc la rejeter d'office, quoique la partie contre laquelle on entend la faire valoir ne s'oppose pas à son admission (2). Cela résulte nettement de ce que les articles concernant la prohibition de la preuve testimoniale sont rédigés sous forme d'injonctions adressées au juge personnellement (art. 1341 et suiv. C. civ. ; art. 252 et 254 C. pr.). La crainte de la subornation de témoins et celle de la multiplicité des procès sont bien aussi des raisons d'ordre public.

Certains auteurs distinguent entre le cas où la partie contre laquelle on entend faire la preuve testimoniale se borne à ne pas s'opposer à son

(1) Aubry et Rau, t. VIII, § 761, p. 295 ; Larombière, sur l'art. 1341, n° 4 ; *contra* Toullier, t. IX, n° 26 et suiv. ; Bonnier, *Preuves* (éd. Larnaude), n°s 148, 149.

(2) Aubry et Rau, t. VIII, § 761, p. 296 ; Larombière, sur l'art. 1341, n°s 1 et 2, et sur l'art. 1347, n° 7 ; Massé et Vergé, t. III, § 596, p. 517, note 2 ; trib. de Luxembourg, 23 mars 1892, S. 93, 4, 23.

admission et celui où elle y consent formellement : dans le premier cas, le juge doit rejeter d'office la preuve testimoniale; dans le second cas, il peut l'admettre.

Cette distinction n'est pas fondée, et nous ne comprenons pas qu'on puisse accorder plus d'efficacité à un consentement formel qu'à un consentement tacite, mais non douteux.

Aussi d'autres auteurs, et avec eux la jurisprudence, rejettent cette distinction et posent en principe que la prohibition de la preuve testimoniale est de pur intérêt privé et qu'en conséquence cette preuve peut être admise du consentement des parties, même dans les cas où la loi la prohibe (1). On dit volontiers, à l'appui de cette opinion, que si le commencement de preuve par écrit permet d'admettre la preuve testimoniale, le consentement de la partie doit avoir au moins la même force. Il n'y a pourtant aucune analogie, car le commencement de preuve par écrit rend déjà le fait probable et ne laisse plus qu'une partie de la preuve à la charge des témoins, tandis que le consentement de la partie à ce que la preuve testimoniale soit admise ne donne aucune vraisemblance au fait qu'elle nie.

On ajoute aussi dans cette opinion que si la loi avait voulu défendre aux parties d'introduire la preuve testimoniale, même lorsqu'elles sont d'accord, elle aurait dû le dire par un texte précis, et que, dans le silence de la loi, il faut se montrer favorable à la liberté des preuves. Le but de la loi est d'obliger les parties à rédiger un écrit, et ce but est atteint par cela seul qu'à défaut d'écrit une des parties se trouve à la discrétion de l'autre.

Cette explication est démentie par les antécédents historiques, qui fondent la prohibition sur des raisons d'ordre public, et c'est aussi la crainte de la multiplicité des procès qui a fait maintenir, à tort ou à raison, la défense de la preuve par témoins. Il est vrai qu'il dépend toujours d'une partie, comme on le fait observer dans le système que nous combattons, d'introduire la la preuve par témoins, en donnant contre elle-même un commencement de preuve par écrit. Mais si ce moyen est facile, il est aussi fort dangereux.

Le principe de la prohibition de la preuve testimoniale comporte cependant, comme on l'a vu, de nombreuses et importantes exceptions. Aussi les enquêtes sont-elles encore très fréquentes dans notre droit.

B. *Caractères de l'enquête ordinaire.* — Aujourd'hui encore, l'enquête ordinaire est secrète, écrite et formaliste. Ces trois caractères se tiennent dans une certaine mesure, mais le principal, le secret, est particulièrement sujet à critique. Pour maintenir l'enquête secrète de l'ancien droit, on a dit que la présence du public serait de nature à troubler la police de l'audience et à intimider les témoins. Ces deux raisons n'ont aucune valeur, et ce qui le prouve, c'est que devant les tribunaux de répression et même dans les matières civiles sommaires, comme aussi en matière commerciale, l'enquête est publique et jamais on ne lui a reproché d'être une cause de désordre et d'intimidation; l'autorité du président suffit pour assurer la police de l'audience et pour garantir l'indépendance des témoins. Tout ce qu'on peut

(1) Civ. cass., 21 août 1880, S. 80, 1, 413; civ. cass., 1er juin 1893, D. P. 94, 1, 445; civ. rej., 23 avril 1894, D. P. 94, 1, 327; Bonnier (éd. Larnaude), n° 177; Bioche, *Enquête*, n° 42; Colmet de Santerre, t. V, n° 325 *bis* II.

dire en faveur de l'enquête secrète, c'est qu'elle permet de diminuer le nombre des audiences, ce qui est important pour les tribunaux les plus occupés, mais ce qui n'offre aucun intérêt pour les autres. L'enquête secrète a le grand tort de déroger au principe de la publicité, et surtout de ne pas impressionner directement les juges. Ceux-ci n'ont connaissance des dépositions des témoins que par la lecture du procès-verbal qu'en a dressé le juge-commissaire, lecture toujours plus ou moins monotone et fastidieuse. Le tribunal ne connaît ni l'attitude du témoin, ni ses gestes, ni l'accent avec lequel il s'est exprimé, ce qui peut pourtant avoir autant d'importance que ses paroles.

Le secret de l'enquête ordinaire a pour conséquence nécessaire la constatation par écrit des dépositions; c'est le second caractère de cette enquête. Il y a là, évidemment, une cause de frais et de lenteurs qu'on éviterait avec l'enquête verbale à l'audience.

Enfin, comme il est indispensable que les parties et le juge-commissaire fassent tous leurs efforts pour transmettre exactement les résultats de l'enquête, et aussi comme le législateur, sous l'influence de l'ancien droit, a bien à tort d'ailleurs conservé une véritable prévention contre la preuve testimoniale, le code a eu soin d'entourer cette mesure d'instruction d'un grand nombre de formalités prescrites pour la plupart à peine de nullité : c'est le troisième caractère et aussi le troisième défaut de l'enquête ordinaire.

Cependant, le législateur moderne a eu tout au moins le mérite de supprimer le système des preuves légales, que notre ancien droit avait emprunté à la procédure canonique, et de le remplacer par celui de l'intime conviction. Autrefois, comme on l'a vu, les dépositions des témoins se comptaient, et c'était d'après leur nombre que la preuve était faite ou n'était pas faite. Un témoin ne faisait pas preuve; deux témoins faisaient preuve, quelle que fût, dans l'un et l'autre cas, l'opinion du juge. Ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans l'exposition détaillée de ce système, définitivement et justement condamné. Aujourd'hui, les témoignages ne se comptent plus, mais se pèsent, et le législateur laisse aux juges pleine liberté pour leur appréciation. Un témoin peut donc faire preuve à lui seul, comme aussi les témoignages de plusieurs témoins peuvent être déclarés insuffisants; tout dépend de la conviction du juge.

C. *Qui peut demander l'enquête?* — L'article 252 du Code de procédure nous dit qu'une partie peut demander l'enquête : c'est donc aussi bien le demandeur que le défendeur au principal. En d'autres termes, le demandeur à l'enquête peut être défendeur sur le fond et, réciproquement, le défendeur à l'enquête peut être demandeur au fond. Mais le tribunal a aussi le droit d'ordonner d'office l'enquête (art. 244 C. pr.). Il jouit, sous ce rapport, d'une liberté absolue, car la loi ne subordonne son droit à aucune condition. La jurisprudence en conclut, avec raison, que le tribunal peut ordonner une enquête d'office, même dans le cas où il a été fait une précédente enquête, nulle par la faute de l'une ou de l'autre des parties, et quoique la loi défende dans ce cas de recommencer l'enquête (1).

(1) Nancy, 30 décembre 1860, D. P. 61, 5, 183; Toulouse, 29 février 1868, D. P. 68, 2, 87; req., 1er août 1878 et 5 novembre 1878, D. P. 82, 5, 190; civ. cass., 18 février 1885,

Il résulte bien du texte de l'article 252 du Code de procédure, que le législateur n'a songé qu'à l'enquête qui peut être demandée ou ordonnée au cours d'un procès déjà engagé. Mais ne peut-on pas permettre une enquête, même en dehors de tout procès actuellement engagé, dans le but d'obtenir, dès maintenant, la preuve d'un fait, en vue d'un procès qui pourra naître dans l'avenir? Cette enquête à futur était permise avant l'ordonnance de 1667. Notre ancien droit l'avait empruntée au droit canonique et même au droit romain (1); elle était fort utile pour le cas où l'on redoutait que tel témoin important ne fût mort ou absent à l'époque où s'ouvrirait le procès; la pratique en fit une source de mauvaises chicanes. L'enquête à futur aurait dû se faire contradictoirement, mais cette règle n'était pas observée; on obtenait de la chancellerie, sur la simple allégation de la maladie ou du voyage prochain d'un témoin, la permission de procéder à une enquête de cette nature, sans la communiquer à la partie adverse. Lorsque l'enquête était terminée, le témoin moribond recouvrait subitement la santé et celui qui devait partir renonçait à son voyage. Pour mettre un terme à ces abus, l'ordonnance de 1667 (tit. XIII art. 1er) prohiba les enquêtes à futur.

Que faut-il décider aujourd'hui? Le Code de procédure n'a pas reproduit ce texte prohibitif de l'ordonnance, mais il semble bien supposer dans son article 252 que l'enquête est toujours incidente, puisqu'il dit qu'elle s'entame par un simple acte d'avoué à avoué. Aussi certains auteurs proposent-ils de défendre, comme autrefois, l'enquête à futur, en ajoutant qu'elle présenterait encore aujourd'hui les mêmes dangers que dans notre ancienne procédure. Ces raisons nous paraissent fort contestables. D'abord, l'article 252 du Code de procédure, en décidant que la procédure de l'enquête commence par un simple acte de conclusions, n'a pas songé à notre question : il a simplement voulu, comme l'ordonnance de 1667 à laquelle il est emprunté, défendre les requêtes grossoyées (2), mais en s'exprimant ainsi cette ordonnance ne songeait certes pas aux enquêtes à futur, puisqu'elle leur a consacré un autre article pour les défendre; or cet article n'a pas passé dans le code, et ce silence du code implique un changement dans la législation. C'est qu'en effet, la vérification d'écritures à futur étant permise par la loi elle-même et les tribunaux autorisant, surtout en référé, l'expertise à futur, on ne voit pas pour quelle raison les enquêtes de cette nature seraient interdites. Les abus ne sont plus à craindre, car il est bien évident que l'enquête à futur ne peut s'entamer que par assignation, et le défendeur éventuel étant mis en cause aura le droit, non seulement de contester les dépositions des témoins du demandeur, mais aussi de faire entendre ses propres témoins.

Dans les rares circonstances où la question s'est présentée, la jurisprudence,

D. P. 85, 1, 249; Paris, 29 mai 1896, D. P. 96, 2, 96. L'interdiction de recommencer l'enquête, nulle par la faute de l'avoué ou de l'huissier, ne s'étend pas au cas de faute du greffier. Req., 18 janvier 1887, D. P. 89, 1, 75.

(1) L. 3, § 5. *De carboniano edicto*, 37, 10; L. 40, *Ad legem Aquiliam*, 9, 2.

(2) Le code, en parlant d'acte d'avoué à avoué, n'a pas davantage songé au cas où l'enquête incidente serait demandée contre un défendeur défaillant, à titre subsidiaire et pour le cas où le tribunal ne croirait pas devoir *de plano* faire droit à la demande.

d'abord divisée, paraît incliner plutôt dans le sens de la validité des enquêtes à futur (1).

Dans le cas où un tribunal refuserait d'entendre des témoins à futur, on a imaginé en pratique divers moyens pour arriver à tourner cette difficulté. On emploie, par exemple, fréquemment la voie du référé pour faire constater les causes et les effets d'un état de choses qui doit donner lieu à un procès, qui peut être suivi d'enquête, en obtenant la nomination d'un expert auquel le juge du référé donne pouvoir de s'entourer de tous renseignements et de recueillir même les témoignages utiles à la manifestation de la vérité; quelquefois même, la partie a recours à un huissier ou à un notaire, qui, dans un procès-verbal, peuvent constater les déclarations qui leur sont faites.

Si l'on admet le demandeur éventuel à faire ainsi à l'avance sa preuve, il faut bien entendu, et par réciprocité, reconnaître le même droit au défendeur. Mais celui-ci ne saurait plus intenter, de nos jours, une de ces actions qui étaient permises sous le nom d'actions provocatoires dans notre ancien droit, où elles s'étaient introduites à la suite d'une fausse interprétation de certains textes du droit romain. L'action provocatoire suppose qu'une personne invoque un certain droit quelconque, droit de famille, droit de propriété, droit de créance, sans d'ailleurs le faire valoir en justice. Celui qui serait défendeur l'oblige, par l'action provocatoire, à faire le procès ou à renoncer à son droit. On ne saurait plus admettre une semblable prétention. Chacun est libre aujourd'hui d'user de son droit à sa guise, d'agir ou non en justice et on ne compromet pas son droit pour l'avenir, sauf à courir le danger de la prescription lorsqu'on refuse, pour une cause quelconque, de faire actuellement le procès. Mais il va sans dire que si quelqu'un se targue d'être créancier à raison de faits illicites qu'il dévoile et, d'une manière plus générale, si par un procédé quelconque il nuit à son défendeur éventuel, celui-ci peut intenter une action en dommages-intérêts, une action d'injure, une action en diffamation, suivant les circonstances.

D. *Procédure de l'enquête* (art. 252 et suiv.). — L'article 252 du Code de procédure nous apprend comment s'entame l'enquête ordinaire incidente et ce qu'il y a lieu de faire pour obtenir le jugement interlocutoire qui admet ou rejette la demande d'enquête. Le demandeur à l'enquête, par un simple acte de conclusions d'avoué à avoué, signifie sa demande au défendeur à l'enquête.

Cet acte comprend :

1° L'articulation des faits. Ces faits doivent être détaillés et non invoqués en masse (2), afin que le tribunal puisse examiner pour chacun d'eux s'il est pertinent ; il importe de n'en pas omettre, car on ne pourrait plus ensuite faire porter l'enquête sur ceux dont il n'aurait pas été parlé. Cependant, la jurisprudence admet qu'un fait oublié dans la demande d'enquête peut être articulé dans un acte additionnel tant que le jugement n'a pas été rendu, sauf au demandeur à supporter définitivement les frais de ce second acte. Il pourrait aussi être articulé par simples conclusions à la barre, mais l'adver-

(1) Voy. *Code de procédure civile annoté*, sous l'art. 252, n°s 10 et 11.
(2) Req., 10 février 1868, D. P. 68, 1, 261.

saire aurait le droit de demander une remise. Enfin, il va sans dire que l'articulation serait possible à une époque quelconque de l'enquête, si les faits étaient postérieurs au jugement qui l'a ordonnée (1).

2° Après avoir mis par articles les faits dont le demandeur réclame la preuve, l'avoué du demandeur à l'enquête ajoute que le demandeur réclamera acte de ces articulations de fait ; que le défendeur devra les reconnaître ou les dénier ; que si le défendeur ne répond pas, le demandeur demandera que les faits soient tenus pour reconnus ; que si le défendeur dénie les faits, il demandera à en faire la preuve par l'enquête.

Dans les trois jours de la réception de cet acte, le défendeur doit répondre par un simple acte par lequel il reconnaît ou dénie les faits. Ce délai n'est pas à peine de déchéance, et les faits peuvent toujours être déniés tant que le tribunal n'a pas prononcé. Mais dès que les trois jours sont expirés, le demandeur a le droit de prendre jugement.

Quatre hypothèses peuvent se présenter :

Premier cas. Le défendeur répond qu'il reconnaît les faits et alors il n'y a pas enquête. Il en est toutefois autrement, et le tribunal doit ordonner l'enquête, malgré cette reconnaissance, d'abord toutes les fois que l'ordre public est intéressé, comme en matière de divorce ou de séparation de corps, ensuite même dans les affaires où il ne s'agit que d'intérêts particuliers, mais où la preuve par l'aveu est interdite. Autrement, rien ne serait plus facile à deux personnes que de s'entendre et de tourner une loi d'ordre public ou d'introduire l'aveu interdit par la loi en simulant le début d'une procédure d'enquête.

Deuxième cas. Le défendeur dénie les faits ; le tribunal peut alors ordonner l'enquête, mais il n'y est pas obligé.

Troisième cas. Le défendeur reconnaît les faits, mais soutient qu'ils ne sont pas de nature à être prouvés dans une enquête, par exemple parce qu'ils ne sont pas concluants ou que la loi interdit la preuve testimoniale. Le tribunal apprécie souverainement s'il y a lieu ou non d'ordonner l'enquête.

Quatrième cas. Le défendeur ne répond pas. Suivant certains auteurs qui se fondent sur les travaux préparatoires, le tribunal est obligé de tenir les faits pour reconnus, mais cette solution nous paraît tout à fait contraire au texte de l'article 252 du Code du procédure, qui laisse au juge un pouvoir d'appréciation. Par exception cependant, malgré le silence du défendeur à l'enquête, le tribunal doit ordonner cette mesure d'instruction si l'ordre public est intéressé ou si un incapable est engagé au procès, comme l'État, un département, une commune, un établissement public, un mineur, un interdit. Si le tribunal condamnait sans enquête préalable une de ces personnes, le jugement pourrait être attaqué, soit par la voie de l'appel, soit, dans le cas où il serait en dernier ressort, par la voie de la requête civile, qui est toujours ouverte à ces incapables toutes les fois qu'ils n'ont pas été défendus. En sens inverse, le tribunal devrait rejeter l'enquête, sans tenir cependant les faits pour reconnus, s'il s'agissait de faits dont la loi défend la

(1) *Contra* Bioche, v° *Enquête*, n° 66.

preuve, comme une filiation adultérine ou incestueuse, ou de faits pour lesquels l'aveu ne fait pas preuve.

Aux termes de l'article 253 du Code de procédure « si les faits sont admissibles, qu'ils soient déniés, et que la loi n'en défende pas la preuve, elle pourra être ordonnée ».

Pour que le tribunal puisse ordonner l'enquête, sans d'ailleurs, en principe, y être obligé, il faut donc le concours de trois conditions : que les faits soient déniés ; qu'ils soient admissibles ; que la loi n'en défende pas la preuve. Toutefois, si l'enquête est ordonnée d'office, il suffit de la réunion des deux dernières conditions ; bien que les faits ne soient pas déniés, le tribunal peut ordonner l'enquête, et il doit même le faire si l'ordre public est intéressé. Les faits admissibles sont ceux, comme on dit souvent au palais, qu'on peut considérer comme pertinents et concluants : pertinents, c'est-à-dire qui ont trait à l'affaire, qui ont un rapport précis avec l'objet de la demande ; concluants, c'est-à-dire qui doivent amener comme conséquence la solution de l'affaire, qui sont de nature à influencer les juges. A vrai dire, il eût suffi de poser en règle, comme on l'a déjà remarqué, que les faits doivent être concluants, car tout fait concluant est nécessairement pertinent. Ainsi, actionné en paiement d'une dette, je ne serais pas admis à prouver par témoins que, dans d'autres circonstances, mon prétendu créancier ne s'est pas conduit en honnête homme, ces faits de déloyauté n'étant nullement concluants. La preuve par témoins ne doit pas être admise toutes les fois qu'en supposant les faits prouvés, il n'en résulte pas un élément de solution pour le procès. Les juges apprécient souverainement la question de savoir si les faits sont admissibles (1).

Pour que l'enquête ait lieu, il ne suffit pas que les faits soient admissibles, il faut encore que la loi n'en défende pas la preuve. Dans différents cas, la loi permet la preuve de certains faits, mais autrement que par témoins ; par exemple, la paternité naturelle peut être prouvée par un acte de reconnaissance et non par témoins. De même, la loi prohibe la preuve par témoins des actes de l'état civil (sauf exception), ou encore de certains contrats tels que le bail, l'antichrèse, la transaction.

Quoi qu'il en soit, supposons maintenant la preuve par témoins permise et les faits admissibles. Le tribunal rend un jugement interlocutoire qui ordonne l'enquête et qui contient (art. 255 C, pr,) :

1° L'indication des faits à prouver. Il faut en effet que les parties, les témoins, le juge qui procédera à l'audition des témoins, sachent bien sur quels faits les dépositions doivent porter. Il peut arriver que, parmi les faits proposés, les uns aient été admis, les autres aient été repoussés. Les témoins ont connaissance des faits admis par la copie qui leur est remise du dispositif du jugement (art. 260 C. pr.). Il faut, de plus, que le juge-commissaire sache dans quelles limites précises il devra maintenir les dépositions des témoins (art. 256 C. pr.). Le défendeur à l'enquête ayant de plein droit la faculté de faire procéder à une contre-enquête, il est nécessaire que lui aussi sache positivement sur quels faits devra porter cette contre-enquête.

1) Civ. cass., 15 mai 1882, D. P. 83, 1, 374 ; req., 27 mars 1889, D. P. 90, 1, 413.

Enfin, le jugement qui a admis l'enquête étant interlocutoire et par conséquent susceptible d'appel immédiat, il est indispensable que la cour d'appel puisse vérifier si les faits indiqués dans le jugement sont conformes à l'article 253 du Code de procédure.

On voit combien l'indication des faits est essentielle. Aussi le jugement serait-il entaché de nullité s'il n'en contenait pas l'énonciation (1).

Les faits à prouver doivent, en principe, être indiqués dans le dispositif du jugement : c'est là leur place naturelle ; ce qui le prouve, c'est que l'article 260 exige qu'on donne copie, aux témoins seulement, du dispositif du jugement. Mais comme il s'agit là d'une pure disposition d'économie, il n'y aurait pas nullité si les faits se trouvaient dans une autre partie du jugement. Il en serait autrement dans le cas où le jugement renverrait, pour l'énonciation des faits, aux conclusions du demandeur à l'enquête, car alors le jugement ne serait plus complet et ne se suffirait plus à lui-même.

Le jugement doit non seulement contenir les faits à prouver, mais encore dire pour quels motifs il en rejette d'autres, car autrement il ne statuerait pas sur tous les chefs de la demande et serait, comme tel, entaché de nullité. Cependant, si l'omission provenait d'une simple erreur matérielle, on pourrait obtenir un jugement rectificatif.

2° Le jugement contient encore la nomination du juge-commissaire devant qui l'enquête sera faite. Nous avons vu, en effet, que l'enquête ordinaire n'a pas lieu à l'audience publique, mais devant un juge commis. Si le tribunal avait oublié de nommer ce juge, le jugement ne serait pas nul, sauf au demandeur à l'enquête à en saisir le tribunal par voie d'incident, pour obtenir un second jugement qui contiendrait cette nomination. Telle est, du moins, la solution pratique qui repose plutôt sur l'équité que sur le droit strict. Le jugement pourrait nommer deux commissaires, l'un pour l'enquête, l'autre pour la contre-enquête. En cas d'empêchement du juge-commissaire, ou s'il est décédé, son remplacement ne peut pas être fait par le président du tribunal, aucune disposition de loi ne lui conférant ce droit. Il n'en serait autrement qu'autant que le jugement ordonnant l'enquête aurait délégué au président le pouvoir de remplacer le commissaire. Dans tous les autres cas, il faut un jugement du tribunal qui nomme le nouveau juge-commissaire (2). Mais la nullité résultant de ce que le juge aurait été remplacé par ordonnance du président serait couverte, si les parties déclaraient qu'elles acceptent le nouveau magistrat comme juge-commissaire (3).

En principe, le juge-commissaire doit être pris parmi les juges qui ont rendu le jugement interlocutoire; mais comme cela pourrait présenter des difficultés, l'article 255 du Code de procédure laisse au tribunal qui admet l'enquête un pouvoir très large : il peut nommer un juge étranger au jugement interlocutoire et même, si les témoins sont éloignés, donner une commission rogatoire à un autre tribunal qui désignera par jugement le juge commis. Le tribunal pourrait choisir lui-même et directement ce juge d'un

(1) Orléans, 23 novembre 1881. D. P. 82, 2, 241.

(2) Civ. rej., 12 février 1850, D. P. 81, 1, 123, note 1; Caen, 5 janvier 1856, *ibid.*; civ. cass., 4 janvier 1881, *ibid.*; Dijon, 20 mai 1881, D. P. 83, 2, 58

(3) Paris, 8 février 1890, D. P. 90, 2, 317.

autre tribunal (1) ou même déléguer un juge de paix (art. 1035 C. pr.). Le juge délégué est obligé d'accepter la mission qu'il reçoit et, d'après la jurisprudence, il doit même procéder à l'enquête en employant la procédure établie pour le juge déléguant; par exemple, le juge de paix délégué par le tribunal d'arrondissement devra faire l'enquête comme y aurait procédé un juge de ce tribunal. Cette solution présente de graves inconvénients : elle oblige le juge délégué à recourir à des formes qui ne lui sont pas familières et peut lui faire encourir des responsabilités très graves. Ainsi, un juge de paix sera obligé de se servir des formes compliquées établies pour les tribunaux d'arrondissement, bien qu'il n'ait pas la capacité des juges de ces tribunaux et, s'il commet une nullité, l'enquête sera recommencée à ses frais. Il paraît plus naturel au juge délégué d'employer sa propre procédure.

Le juge déléguant peut-il autoriser le juge délégué à opérer au besoin hors du ressort de celui-ci ? Oui, a-t-on dit, si le juge délégué ne doit pas sortir du territoire du juge déléguant, qui lui communique alors sa propre puissance ; non, si le juge délégué devait sortir du territoire de celui qui lui a donné le mandat, car celui-ci ne peut conférer au juge délégué un pouvoir qu'il n'a pas lui-même. Cette distinction ne nous paraît pas fondée : un juge ne peut jamais sortir de son territoire et un tribunal ne peut pas donner compétence, même sur son propre territoire, à un juge d'un autre ressort.

La commission rogatoire pourrait même être donnée à un tribunal étranger, mais celui-ci, à moins d'être lié par des conventions diplomatiques, a toujours le droit de refuser le mandat et, s'il l'accepte, il emploie les formes de sa propre procédure ; c'est la conséquence de l'indépendance des tribunaux d'États différents les uns vis-à-vis des autres (2).

La contre-enquête est de droit (art. 256 C. pr.); en d'autres termes le défendeur à l'enquête peut, de son côté, faire entendre des témoins pour combattre ceux du demandeur en déposant sur les mêmes faits. Cette preuve contraire est, comme dit l'article 256, de droit, en ce sens que le défendeur n'a pas besoin de demander au tribunal une autorisation pour faire entendre ses témoins et que le tribunal ne rend pas le jugement pour ordonner la contre-enquête : il se borne à réserver au défendeur la preuve contraire, ce qui, d'ailleurs, est inutile et superflu. Aussi le défendeur peut-il appeler des témoins jusqu'à la clôture de l'enquête; une fois cette enquête terminée, il serait trop tard. En réalité, la contre-enquête est comprise dans l'enquête, car elle n'est pas autre chose que l'exercice du droit de défense ; mais elle est purement facultative pour le défendeur. Le défendeur n'est même pas tenu d'articuler les faits de la contre-enquête, par cela même que ce sont ceux de l'enquête. Toutefois, ce que le défendeur peut établir par la contre-enquête, c'est seulement : 1° tout ce qui est la négation du fait allégué

(1) Ce mode de procéder a l'avantage d'éviter aux plaideurs les frais élevés du second jugement que doit rendre ce tribunal délégué ; les tribunaux devront toujours l'employer en ayant soin de désigner, pour recevoir la déposition des témoins, le président du tribunal, qui aurait pu être délégué, sauf à autoriser ce président à nommer, par simple ordonnance, un juge de son tribunal en ses lieu et place.

(2) Voy., sur les commissions rogatoires données aux tribunaux étrangers, Despagnet, *Précis de droit international privé*, p. 245 ; Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 115.

comme vrai; 2° tout ce qui atténue l'importance de la gravité de ce fait. On ne peut pas comprendre dans la contre-enquête des faits nouveaux qui ne sont pas la négation ou l'atténuation des faits invoqués par le demandeur. Par exemple, si le jugement a permis la preuve par témoins d'une obligation (dans un cas où la loi admet la preuve testimoniale), le défendeur est de plein droit autorisé à établir que cette obligation n'a jamais existé, mais il ne peut pas prouver, par la contre-enquête, qu'elle est éteinte par le paiement, car la libération alléguée n'est plus la négation pure et simple du fait invoqué par le demandeur. De même, si une femme demande à prouver, dans une instance en séparation de corps, qu'elle a été, de la part de son mari, l'objet de mauvais traitements qui ont mis sa vie en danger, le mari pourra faire entendre des témoins dans la contre-enquête pour établir ou que les coups n'ont point été portés ou qu'il n'ont pas mis la vie en danger, ou que les circonstances dans lesquelles ils ont été portés étaient fort atténuantes, qu'il y avait eu provocation ou qu'il était en état de légitime défense. Mais le mari ne serait pas autorisé à prouver que la femme était de son côté coupable d'adultère (1). De même, la contre-enquête ne saurait avoir pour objet d'édifier la justice sur la moralité des témoins de l'enquête (2).

Que doit donc faire le défendeur quand il ne se borne pas à nier les faits argués par le demandeur, mais qu'il en établit de nouveaux? Il doit lui-même demander une enquête principale et le tribunal peut, s'il le juge nécessaire, ordonner cette seconde enquête qui est appelée, en pratique, enquête respective. L'enquête respective n'est pas de droit; elle doit être demandée au tribunal qui est libre de l'accorder ou non; il faut articuler les faits de l'enquête respective, ce qui n'est pas nécessaire dans la contre-enquête. Il peut, en effet, arriver que la preuve par témoins soit permise à l'une des parties et interdite à l'autre. Le créancier pourra prouver par enquête sa créance, même supérieure à 150 francs, s'il s'est trouvé dans l'impossibilité de se procurer un écrit, et le débiteur ne sera pas admis à prouver sa libération par témoins s'il a pu obtenir quittance.

Les deux enquêtes principales peuvent avoir lieu devant un même juge ou devant des juges différents. Quand il y a ainsi deux enquêtes principales ordonnées par le tribunal, de droit il y a aussi deux contre-enquêtes.

Mais si la contre-enquête ne peut pas porter sur des faits qui ne sont pas la négation directe de la demande, faut-il aussi décider que le demandeur ne peut pas faire porter l'enquête sur des faits d'ailleurs relatifs au procès, mais qui n'ont pas été visés dans le jugement? Pas de doute sur les deux points suivants : cette preuve sur des faits nouveaux devrait être admise si le défendeur y consentait; sur le refus du défendeur de consentir ou même dans le silence des parties, le juge-commissaire a le droit de refuser de recevoir des dépositions qui porteraient sur des faits omis par le jugement (3). Mais si, en fait, de pareilles dépositions avaient été reçues, serait-il permis aux

(1) Trib. de Corbeil, 21 décembre 1882, *Jur. gen.*, *Suppl.*, v° *Enquête*, n° 44.

(2) Mais il pourra en être question dans les plaidoiries. Orléans, 8 décembre 1898. D. P. 1900, 2, 279.

(3) La Cour d'Orléans a toutefois jugé qu'il faut appliquer ces règles moins rigoureusement à la contre-enquête qu'à l'enquête. Orléans, 8 décembre 1898, D. P. 1900, 2, 279.

juges d'en tenir compte pour motiver leur décision ? Certains arrêts admettent l'affirmation et, dans cette doctrine, on dit qu'en articulant les faits sur lesquels doit porter l'enquête, le tribunal entend lier les parties, mais non se lier lui-même; s'il estime vrais dans sa conscience tels faits, peu importe que ces faits figurent ou non à l'avance dans le jugement ordonnant l'enquête. Il vaut mieux décider cependant, avec d'autres arrêts, que les juges ne doivent pas tenir compte de ces dépositions ; autrement, on donne au demandeur sinon le droit, du moins la chance de faire passer des dépositions relatives à des faits sur lesquels le défendeur non prévenu pourra être surpris. D'ailleurs, si le tribunal croit nécessaire de s'éclairer sur ces faits, il peut toujours ordonner une enquête d'office (1).

La loi a fixé des délais courts et rigoureux pour commencer l'enquête, dans le but d'empêcher les parties d'avoir le temps de suborner les témoins, d'arranger leurs dépositions et aussi pour éviter les lenteurs.

Le délai ordinaire pour commencer l'enquête est de huitaine à partir de la signification du jugement, à la condition que l'enquête soit faite dans le lieu même où siège le tribunal qui a rendu le jugement ou dans un rayon de trois myriamètres (art. 257 C. pr.). Cette distance de trois myriamètres a été portée à cinq par le législateur de 1862 (art. 1033 C. pr.); mais cette modification n'est relative qu'à l'augmentation des délais à raison des distances. Or, dans notre article, il s'agit de tracer un périmètre et dès lors le législateur de 1862 n'a pas modifié l'article 267.

Quant au point de départ du délai de huitaine, il faut, pour le déterminer, distinguer entre les jugements susceptibles et les jugements non susceptibles d'opposition. Si le jugement n'est pas susceptible d'opposition, on établit une sous-distinction. Le délai de huitaine court du jour de la signification du jugement à avoué, en supposant que celui à qui on signifie ait un avoué. C'est à l'avoué de la juridiction où doit être exécutée la décision ordonnant l'enquête, qu'il faut signifier cette décision pour faire courir le délai dans lequel l'enquête devra être commencée. Ainsi, quand une cour d'appel a ordonné une enquête à faire devant le tribunal, l'arrêt doit être signifié à l'avoué du tribunal de première instance et non à l'avoué d'appel (2).

Si le jugement doit être signifié à une partie qui n'a plus d'avoué, dans ce second cas le délai de huitaine court à partir de la signification à personne ou à domicile. On suppose, dans ce second cas comme dans le premier, un jugement contradictoire; seulement, au moment de la signification du jugement, la partie qui doit la recevoir n'a plus d'avoué, par suite d'une cause quelconque, par exemple parce que cet avoué est décédé ou a cessé ses fonctions. Il peut même arriver que le jugement ait été rendu à un moment où l'une des parties n'avait plus d'avoué; le tribunal a néanmoins rendu son jugement, parce que l'affaire était en état.

D'un autre côté, il y a des jugements par défaut qui ne sont pas susceptibles d'opposition et, bien qu'ils ne soient pas contradictoires, ils tombent

(1) Voy. *Jur. gén.*, v° *Enquête*, n°s 80 et 81; *ibid.*, v° *Séparation de corps*, n° 470, 3.
(2) Civ. cass., 26 février 1872, S. 72, 1, 120; Bruxelles, 18 janvier 1886, dans *Jur. gén.*, v° *Enquête*, n° 81 ; Riom, 11 août 1896, sous Cass., S. 97, 1, 264; *contra* Rouen, 9 mars 1870, S. 71, 2, 14.

sous l'application du premier alinéa de l'article 257 du Code de procédure : là encore, le délai de huitaine court à partir de la signification à personne ou domicile. Tel est le cas d'un jugement par défaut intervenu après une première opposition : il est réputé contradictoire, car opposition sur opposition ne vaut, et la huitaine pour commencer l'enquête courra du jour de la signification à avoué, car la partie défaillante a avoué en cause ; ce qui le prouve, c'est qu'elle a fait opposition (1).

Quand il s'agit d'un jugement par défaut et susceptible d'opposition, l'article 257 du Code de procédure nous dit que le délai pour commencer l'enquête est encore de huitaine, mais que la huitaine commence à courir du jour de l'expiration du délai d'opposition. Il peut arriver, comme on le voit, que malgré le silence du défendeur à l'enquête, le tribunal ne tienne pas les faits pour prouvés et ordonne cette mesure d'instruction ; il doit même procéder ainsi, comme on l'a vu, toutes les fois que l'ordre public est intéressé, comme en matière de divorce, ou encore lorsque l'aveu de la partie ne fait pas preuve.

Nous savons que quand un jugement est par défaut contre avoué, l'opposition est recevable pendant huitaine à compter du jour de la signification à avoué (art. 157 C. pr.) ; c'est donc à l'expiration de cette huitaine que commence à courir le nouveau délai de huitaine dans lequel l'enquête doit être commencée sous peine de déchéance. Mais dans le cas d'un jugement par défaut faute de comparaître, l'application directe de la loi devient plus difficile. Ici l'opposition est possible jusqu'au moment où le défaillant a connaissance de l'exécution du jugement, et exécuter le jugement, c'est procéder à l'enquête. On retrouve encore ici le cercle vicieux que nous avons déjà signalé à l'occasion de l'exécution des jugements par défaut faute de comparaître par les tiers : d'une part, l'opposition est permise tant que l'exécution n'est pas commencée et, d'autre part, le délai de huitaine de l'enquête ne commence à courir qu'après qu'elle est déjà commencée, ce qui est absurde. A notre avis, les rédacteurs du Code de procédure ont oublié l'innovation qu'ils avaient introduite en matière de jugement par défaut faute de comparaître en décidant que l'opposition serait permise jusqu'à l'exécution du jugement porté à la connaissance du défaillant. Autrefois, on avait toujours huitaine pour faire opposition, sans distinction entre le jugement par défaut contre partie et le jugement par défaut contre procureur. Or c'est à ce système que les rédacteurs du code se sont référés dans notre article 257, oubliant qu'il ne s'appliquait plus dans le cas de défaut faute de comparaître. Néanmoins, l'intention du législateur n'est pas douteuse : il a voulu que l'enquête fût toujours commencée dans la huitaine de la signification du jugement. Nous en conclurons qu'en cas de jugement par défaut contre partie la huitaine pour commencer l'enquête court à partir de l'expiration de la huitaine de la signification du jugement à personne ou domicile. D'un

(1) Si l'on veut citer un jugement par défaut non susceptible d'opposition et contre une partie qui n'a pas d'avoué, il faut supposer qu'après un jugement par défaut profit joint le tribunal a rendu un second jugement ordonnant l'enquête, et qu'à ce moment les défaillants continuent à faire défaut faute de comparaître. Dans ce cas, le jugement ordonnant l'enquête devra être signifié à personne ou domicile.

autre côté et en principe, d'après l'article 155 du Code de procédure, l'enquête ne peut pas être commencée avant l'expiration de cette première huitaine (1).

Nous avons supposé, jusqu'à présent, que l'enquête doit se faire au lieu même où siège le tribunal ou dans un rayon de trois myriamètres. Si elle se fait à une plus grande distance et notamment par commission rogatoire, le jugement fixe le délai dans lequel elle sera commencée à peine de déchéance (2) (art. 258 C. pr.) Le point de départ de ce délai est le même que celui de l'article précédent ; c'est la signification à avoué ou à personne ou domicile, suivant les distinctions déjà établies.

Si le jugement n'avait pas fixé de délai, aucune déchéance ne pourrait être encourue. On a même soutenu que cette solution doit être généralisée et appliquée au cas où le tribunal établit un délai, parce que l'article 258 du Code de procédure n'ajoute pas que ce délai devra être observé à peine de déchéance. Mais c'est là une erreur. Cet article se propose seulement de statuer sur la durée du délai pour le cas où l'enquête se fait à plus de trois myriamètres; il entend d'ailleurs appliquer à ce cas le même système et les mêmes déchéances que pour celui où l'enquête se fait au lieu où siège le tribunal ou dans un rayon de trois myriamètres.

Le délai pour commencer l'enquête court non seulement contre celui qui a reçu la signification, mais aussi contre celui qui l'a faite (art. 257 C. pr.). C'est là une remarquable dérogation à la règle que nul ne se forclot soi-même, c'est-à-dire que quand une personne signifie un acte pour faire courir un délai dont l'expiration pourra entraîner des déchéances, celles-ci ne peuvent pas être encourues contre celui qui a signifié l'acte, mais seulement par celui à qui la signification a été faite. Nous appliquerons cette maxime en matière d'appel ; ici, au contraire, l'article 257 l'exclut par une disposition formelle. D'ailleurs, cette exception de l'article 257 est tout à fait juste. Si la signification du demandeur à l'enquête ne faisait pas courir le délai contre lui, qu'arriverait-il? Il faudrait que le défendeur signifiât à son tour le jugement au demandeur pour faire courir le délai contre lui, alors cependant que ce demandeur a provoqué l'enquête (3). Mais si le même jugement avait ordonné deux enquêtes principales, il faudrait que chaque partie signifiât à l'autre le jugement pour faire courir le délai de sa propre enquête.

Il peut arriver que le délai ordinaire de l'enquête se trouve singulièrement allongé. Il suffit de supposer que le jugement soit attaqué par l'opposition ou par l'appel, et alors ces voies de recours en suspendront l'exécution, à

(1) Bordeaux, 26 juillet 1887, *Gazette du Palais*, 1887, 2, 685. En fait, l'enquête ne pouvant être ouverte qu'après le délai de huit jours de l'article 155 du Code de procédure, c'est donc dans le délai de quinzaine de la signification, et entre le huitième et le quinzième jour, que la partie peut ouvrir l'enquête.

(2) Dans le cas où il y aurait lieu à plusieurs enquêtes par commission rogatoire, dans des lieux différents, le tribunal doit indiquer autant de délais différents pour permettre aux parties d'assister aux opérations.

(3) Si donc le demandeur n'avait pas ouvert son enquête dans le délai, il n'aurait plus le droit de le faire, même s'il avait interjeté appel du jugement. Paris, 24 décembre 1895, D. P. 96, 2, 88.

moins qu'on ne soit dans un des cas où le tribunal doit ou peut ordonner l'exécution provisoire.

Quand le délai pour faire enquête a commencé à courir avant l'opposition ou l'appel, les parties n'ont-elles plus, après le rejet de l'opposition ou de l'appel, que la portion de délai qui restait à courir au moment où l'opposition a été formée ou l'appel a été interjeté ? Nous ne le pensons pas. Le délai étant très court, il est dans l'esprit de la loi d'en accorder un nouveau tout entier.

Sous l'ordonnance de 1667, l'opposition et l'appel n'empêchaient pas l'enquête de suivre son cours. Mais ce système était défectueux. En effet, que le jugement soit infirmé pour une cause quelconque, et on aura fait une enquête inutile ou même illégale (1).

Les délais donnés pour commencer l'enquête à peine de déchéance s'appliquent aussi à la contre-enquête. Il en résulte que le défendeur à l'enquête ne peut plus faire sa contre-enquête s'il a laissé expirer le délai de huitaine à partir de la signification qui lui a été faite, même dans le cas où il aurait ensuite appelé du jugement et d'ailleurs succombé sur cet appel. Mais on a décidé que s'il a fait défaut faute de comparaître, il ne doit pas être déchu, malgré l'expiration de la huitaine qui a suivi la signification du jugement. Cette distinction ne nous paraît pas fondée, parce qu'à notre avis, en cette matière, il faut continuer à appliquer le système de l'ancien droit et ne pas admettre que l'opposition est permise jusqu'à l'exécution (2).

Commencer l'enquête ce n'est pas, comme on pourrait le croire, faire entendre des témoins, mais obtenir du juge-commissaire l'ordonnance qui autorise la partie à assigner ses témoins aux jour et heure indiqués par ce magistrat (art. 259 C. pr.). La loi, comme on le voit, met une fiction à la place de la réalité et elle le reconnaît elle-même, car elle dit dans l'article 259, que « l'enquête est *censée* commencée, pour chacune des parties respectivement, par l'ordonnance qu'elle obtient du juge-commissaire à l'effet d'assigner les témoins aux jour et heures indiqués par lui ». Dans la réalité des faits, l'enquête ne commence que par l'audition même des témoins. L'article 259 du Code de procédure contient sous ce rapport une innovation. L'ordonnance de 1667 exigeait que l'enquête fût effectivement commencée dans la huitaine, que l'on entendît au moins un témoin. Mais comment faire lorsque les témoins étaient tellement éloignés que la huitaine était insuffisante pour les avertir et les faire venir ? Pour obéir à l'ordonnance et commencer l'enquête dans les délais, on prenait la première personne venue, on l'interrogeait, elle disait qu'elle ne savait rien, mais l'enquête avait été commencée puisqu'un témoin avait été entendu. C'est cette bizarrerie que l'article 259 a supprimée.

Chaque partie doit demander une ordonnance à l'effet d'assigner ses témoins, l'une pour l'enquête, l'autre pour la contre-enquête.

Il faut qu'elle ait soin de le faire dans le délai de l'article 257 du Code de procédure sous peine de déchéance, à moins qu'elle n'ait été empêchée

(1) Req., 20 janvier 1863, D. P. 63, 1, 247 ; Lyon, 15 mars 1895, D. P. 95, 2, 310.

(2) Voy. cependant sur le point de départ du délai d'opposition, Caen, 23 février 1894, D. P. 95, 2, 23 ; Poitiers, 9 mars 1892, D. P 93, 2, 223.

par force majeure (1). Cette ordonnance étant un acte d'exécution serait entachée de nullité si elle était rendue avant la signification du jugement, ou dans la huitaine de la trêve pendant laquelle il est interdit d'exécuter. Cette nullité serait cependant couverte, dans le premier cas, si la partie prenait part à l'enquête; mais il n'est pas possible d'étendre cette solution au second cas, parce que la huitaine de la trêve est une loi d'ordre public.

L'ordonnance du juge-commissaire s'obtient au moyen d'une requête adressée à ce juge ; elle est mise à la suite de la requête. Dans les usages de certains tribunaux, le juge-commissaire ouvre son procès-verbal d'enquête au moment même de la délivrance de l'ordonnance ; dans d'autres, il ouvre son procès-verbal à l'audition du premier témoin, en y mentionnant d'abord la réquisition de l'ordonnance et ensuite l'ordonnance même ; le texte du deuxième alinéa de notre article peut se prêter à ces deux modes de procéder.

Si l'ordonnance était entachée de nullité, la partie qui l'a obtenue pourrait en demander une seconde, à la condition qu'on fût encore dans les délais de la loi. Dans le cas où le juge-commissaire ajournerait indéfiniment l'enquête par son ordonnance, il pourrait y avoir lieu à prise à partie pour déni de justice. Ici reparaît la question de savoir si les ordonnances sur requête sont susceptibles de voies de recours et nous maintenons notre solution négative, en nous fondant sur ce qu'elles ne sont pas de juridiction contentieuse.

L'ordonnance autorisant à assigner les témoins ayant été rendue, ceux-ci sont alors assignés, conformément à l'article 260 du Code de procédure, à peine de nullité. Cette nullité porterait sur toute l'enquête si aucun témoin n'avait été assigné; si on n'avait omis cette formalité que pour quelques-uns d'entre eux, leurs dépositions seules seraient nulles.

Les témoins sont assignés à bref délai : un jour avant leur audition s'ils sont domiciliés au lieu où doit se faire l'enquête ou dans un rayon de trois myriamètres; s'ils le sont à une plus grande distance, le délai s'augmente d'un jour par cinq myriamètres. Il s'agit, en effet, d'un délai franc, puisqu'il a pour point de départ une signification à personne ou domicile. La loi a établi ce bref délai, toujours sous l'empire de la même et vaine préoccupation : elle ne veut pas laisser aux parties le temps d'influencer leurs témoins, ce qui leur sera cependant bien facile, en fait, entre le jour du prononcé du jugement et le jour de l'enquête.

Dans l'assignation, les témoins sont prévenus des faits sur lesquels portera l'enquête; on leur donne ainsi le moyen de recueillir leurs souvenirs. Sous l'empire de l'ordonnance de 1667 (tit. XXII, art. 6), l'assignation n'avertissait pas les témoins des faits sur lesquels ils seraient interrogés; mais il arrivait alors assez souvent que le témoin n'était pas état de répondre au moment où il comparaissait devant le juge.

L'assignation au témoin est faite dans la forme ordinaire des exploits. Il est donné copie à chaque témoin du dispositif du jugement, en ce qui concerne les faits admis, et de l'ordonnance du juge-commissaire. La partie

(1) Bourges, 3 avril 1876, *Jur. gén.*, *Suppl.*, v° *Enquête*, n° 72.

adverse pourrait demander la nullité de la déposition du témoin qui n'aurait pas reçu cette copie, de même, comme nous l'avons vu, qu'elle aurait le droit de se prévaloir du défaut d'assignation de ce témoin. Mais elle peut, bien entendu, couvrir ces nullités. En outre, si l'assignation était nulle pour inexactitude ou omission d'une mention qui intéresse exclusivement le témoin, par exemple relativement à son nom ou à la date, le témoin seul pourrait invoquer la nullité et la couvrirait par sa comparution volontaire (1).

Il ne suffit pas de prévenir les témoins du jour fixé pour l'enquête; il faut encore avertir la partie adverse, c'est-à-dire le défendeur à l'enquête ou à la contre-enquête (art. 261 C. pr.). La partie contre laquelle se fait l'enquête doit, en effet, être présente ou du moins appelée. Autrefois, on ne l'admettait pas, de peur qu'elle n'influençât les témoins; c'était là une crainte exagérée. La partie adverse est avertie au moyen d'un exploit d'huissier, d'une véritable assignation, mais elle est assignée au domicile de son avoué, à moins que son avoué ne soit mort ou démissionnaire, auquel cas elle serait assignée à son propre domicile. On a décidé que la partie serait assignée par exploit d'huissier et qu'un simple acte d'avoué à avoué ne suffirait pas, parce que généralement ces derniers actes restent ignorés des parties elles-mêmes et que la loi veut qu'on prévienne personnellement l'adversaire pour qu'il puisse assister à l'audition des témoins. Cependant la partie n'est pas assignée à son propre domicile, mais à celui de son avoué, pour que celui-ci l'avertisse de l'utilité de sa présence à l'enquête. Il s'agit d'ailleurs ici d'un véritable exploit d'ajournement soumis aux formalités et aux causes de nullité de ces actes. De plus, il y aurait nullité si la signification était faite au domicile de la partie et non à celui de l'avoué (2). Si l'avoué représentait plusieurs parties, il faudrait lui laisser autant de copies qu'il y aurait de parties.

L'assignation est faite, d'après notre article, au moins trois jours avant l'audition des témoins. Ce délai est franc et, comme le décide la jurisprudence, s'augmente à raison des distances.

De ce que l'assignation est faite au domicile de l'avoué, il résulte que l'augmentation du délai de trois jours se calcule d'après la distance qui sépare le domicile de l'avoué du lieu où se fait l'enquête (3).

Cette question est importante, surtout pour le cas où l'enquête est faite devant un tribunal autre que celui qui est saisi de l'affaire; il pourra y avoir alors une sérieuse distance entre le domicile de l'avoué du procès et le lieu où siège le tribunal ou le juge qui a reçu commission rogatoire.

La loi veut que la partie assignée reçoive l'indication des témoins produits contre elle, à peine de nullité (art. 261 C. pr.). Cet article contenant deux dispositions distinctes, l'une relative à l'assignation, l'autre concernant la notification de la liste des témoins, il en résulte que cette notification peut

(1) Bruxelles, 8 août 1881 et 28 novembre même année, dans *Jur. gén.*, *Suppl.*, v° *Enquête*, n°s 98 et 100.

(2) Jugé que cette nullité, qui n'est pas d'ordre public, peut être couverte par la comparution de la partie à l'enquête. Req., 20 novembre 1860, D. P. 61, 1, 384.

(3) Poitiers, 9 mai 1877, D. P. 77, 2, 144.

être faite, soit dans l'assignation, soit par acte séparé, mais, dans ce dernier cas, cet acte séparé sera un exploit ordinaire d'huissier, qui devra toujours être délivré, comme l'assignation à la partie, au domicile élu chez l'avoué, s'il y a avoué constitué. On a longtemps jugé que le délai de trois jours avant l'audition des témoins s'applique seulement à l'assignation à la partie, mais que la notification des témoins pourrait n'être faite qu'un jour avant, puisque, d'après l'article 260 du Code de procédure, ces témoins peuvent eux-mêmes n'être assignés qu'un jour avant l'audition. C'est là une erreur. Il n'y a pas d'assimilation à faire entre l'assignation donnée aux témoins et la notification de leurs noms à la partie. En effet, pour les témoins, il faut que le délai soit le plus court possible, afin qu'ils ne puissent pas arranger leurs témoignages. Mais, au contraire, la partie reçoit la liste des témoins d'avance pour prendre sur eux des renseignements, et il lui faut plus de temps. L'esprit de la loi est que l'indication des témoins soit soumise aux mêmes délais que l'assignation ; nous en conclurons qu'elle doit être notifiée, à peine de nullité, trois jours avant la date fixée pour leur audition ; il ne suffirait pas que la notification ait lieu trois jours avant celui où ils ont été effectivement entendus (1).

Si on avait omis de notifier tout ou partie des témoins, l'enquête serait nulle en totalité ou pour partie ; mais cette nullité étant d'intérêt privé, l'adversaire peut y renoncer pour tous les témoignages irréguliers ou pour quelques-uns d'entre eux (2).

Nous voici devant le juge au jour indiqué aux témoins et à l'adversaire. Les parties et les témoins sont présents. Autrefois, sous l'empire de l'ordonnance, les parties n'assistaient qu'à la prestation de serment des témoins qui avait lieu collectivement et à l'avance, chaque témoin déposant seul devant le juge-commissaire en l'absence des parties. C'est la loi du 7 fructidor an III qui autorisa la présence des parties, heureuse innovation qui garantit la sincérité des témoignages. Cependant, si les parties ne sont pas présentes, on peut procéder en leur absence.

Les parties se présentent à l'enquête, assistées de leurs avoués qui, seuls aussi, peuvent les représenter lorsqu'elles ne comparaissent pas en personne (3). Toutefois, si l'enquête se faisait devant un juge de paix, toute personne aurait capacité suffisante pour représenter l'une ou l'autre des parties. La question est délicate de savoir si les avocats des plaideurs peuvent aussi être présents ; la jurisprudence est depuis longtemps fixée dans le sens de l'affirmative. Il faut ajouter cependant que dans tous les grands barreaux les avocats se sont fait une règle professionnelle de n'assister à aucune mesure d'instruction en matière civile.

Le juge-commissaire peut commencer l'enquête à l'heure précise indiquée par son ordonnance et par les assignations. Le Code n'exige pas, comme le faisait l'ordonnance de 1667, qu'on accorde une heure de surséance si l'une des parties ou l'un des témoins n'est pas exact. C'est ici le moment pour les

(1) Bordeaux, 7 mai 1873, S. 74, 2, 175 ; *contra* Bruxelles, 18 janvier 1879 dans *Jur. gén., Suppl.*, v° *Enquête*, n° 89.
(2) Bordeaux, 7 mai 1873, S. 74, 1, 175.
(3) Req., 9 décembre 1868, S. 69, 1, 157.

parties de relever les nullités pour vice de forme qui ont pu être commises, sans d'ailleurs que le juge-commissaire ait le droit d'en connaître; le silence des parties impliquerait l'intention de les couvrir.

Avant d'être entendu, chaque témoin déclare ses noms, profession, âge et demeure, s'il est parent ou allié de l'une des parties, à quel degré, s'il est serviteur ou domestique de l'une d'elles; il fait serment de dire vérité, le tout à peine de nullité. Les parties ne peuvent pas faire remise aux témoins de l'obligation de prêter serment, car il s'agit là d'une formalité substantielle et même d'ordre public. La jurisprudence a maintes fois décidé que le serment a un caractère substantiel, mais quelques arrêts admettent que cette formalité n'est pas d'ordre public et que la nullité résultant de son omission peut être couverte par le consentement des parties (1).

A l'appel de son nom, chaque témoin présente la copie de son assignation. Si un témoin, qui n'aurait pas été assigné, comparaissait volontairement, il ne pourrait cependant pas être entendu, à moins que la partie adverse n'y consentît.

Lorsqu'un témoin prête un faux serment, il encourt la peine de parjure; il est faux témoin et puni d'un emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de 50 à 2 000 francs. S'il s'était fait promettre une récompense, il y aurait de sa part, comme de la part de celui qui l'aurait suborné, crime puni de la réclusion (art. 363 et suiv. C. pén.).

Un témoin peut-il consentir, sans y être obligé, à prêter serment suivant les formes de sa religion, ou refuser de jurer en donnant pour raison que sa religion lui interdit de prendre Dieu à témoin (2)? Il faut répondre affirmativement sur le premier point et négativement sur le second. La forme du serment civil est très simple : on jure de dire vérité et cette formule est conçue dans des termes qui ne peuvent froisser aucune conviction, religieuse ou autre (3).

Lorsqu'un témoin ne peut pas répondre en français, que les parties comprennent ou non la langue qu'il parle, il y a lieu de nommer un interprète, car les procès-verbaux d'enquête doivent être rédigés en français. Cet interprète, lui aussi, prête serment.

Certains hauts fonctionnaires sont dispensés, non pas d'être témoins, mais de venir en justice; ils envoient leurs dépositions par écrit. C'est là une fâcheuse dérogation au principe de l'égalité de tous devant la justice, et qui s'est tout particulièrement élargie sous le Consulat et sous l'Empire. En Angleterre, de semblables prérogatives choqueraient l'opinion publique. « Supposons, dit Bentham, que le prince de Galles, l'archevêque de Cantorbéry, le lord chancelier viennent à passer tandis qu'un ramoneur et une chiffonnière se disputeraient pour un sou de pommes, pourraient-ils refuser de se rendre en justice si l'un des deux adversaires voulait les appeler en témoignage? » et le jurisconsulte n'hésite pas à répondre négativement. Dans

(1) Voy. req., 21 avril 1875, D. P. 75, 1, 488. Sur la nécessité du serment, voy. les nombreux arrêts au *Code de procédure civil annoté, Supplément*, nos 3619 et suiv.

(2) C'est le cas des anabaptistes.

(3) Quant à l'anabaptiste et à l'athée, la formule de la loi n'impliquera pas, pour celui qui prête le serment, qu'il prend Dieu à témoin, mais seulement qu'il affirme solennellement.

notre ancien droit, le privilège de déposer par écrit, sans venir en justice, était tout à fait rare. Il fallut un avis des avocats généraux du Parlement de Paris (1er août 1642), pour que cette faveur fût reconnue aux princes du sang. Ce bénéfice fut accordé par la loi du 20 thermidor an IV aux membres du Corps législatif et du Directoire, aux ministres et aux agents accrédités auprès des nations étrangères. Il fut ensuite étendu aux caissiers et contrôleurs du Trésor public (loi 20 fructidor an VII), aux conseillers d'État (avis du Conseil d'État du 14 germinal an VIII), aux sénateurs, aux préfets, aux maires (arrêté consulaire du 7 thermidor an IX). En dernier lieu, le Code d'instruction criminelle (art. 510 et suiv.) trace, pour les dépositions des fonctionnaires les plus élevés, certaines formes qu'on applique par identité de motif aux enquêtes civiles, en les combinant avec le décret du 4 mai 1812 relatif à la citation en témoignage des ministres et des principaux fonctionnaires de l'Etat.

Certaines personnes, tenues au secret professionnel, comme les prêtres même en dehors de la confession (1), les médecins, sont dispensés de déposer sur les faits qui leur ont été confiés en secret, mais ils n'en doivent pas moins prêter serment et répondre sur les autres faits (2). L'article 378 du Code pénal punit même d'un emprisonnement de un à six mois et d'une amende de 100 à 500 francs les médecins, sages-femmes et autres personnes dépositaires par état de secrets qu'on leur confie, pour révélation de ces secrets. Cet article s'applique, bien entendu, aux avocats, aux avoués et, d'une manière plus générale, à tout homme de loi qui reçoit un secret par profession et en cette qualité, comme un agréé, un notaire. En cas d'indiscrétion commise par une de ces personnes, les peines de l'article 378 du Code pénal sont encourues; mais ces pénalités ne s'appliquent qu'aux révélations indiscrètes, et on ne considère pas comme telles celles qui sont faites en justice. En d'autres termes, ces personnes sont dispensées de déposer en justice sur les secrets qui leur ont été confiés, mais, si elles déposent sur ces faits, elles ne commettent cependant pas un délit.

Lorsqu'un des témoins assignés ne comparaît pas, il encourt les condamnations édictées par l'article 263 du Code de procédure. Cet article consacre une double dérogation au droit commun: le juge-commissaire condamne d'office le témoin à des dommages-intérêts qui ne peuvent être moindres de 10 francs au profit de la partie. On dispense ainsi cette partie de les demander, probablement parce que si elle y était obligée, le témoin deviendrait lui-même partie et ne pourrait plus déposer. En second lieu, tandis que ces dommages-intérêts doivent être alloués par le juge commissaire, celui-ci peut condamner, sans y être tenu, le témoin défaillant à une amende de 100 francs, alors qu'en droit commun la peine n'est pas à la disposition du juge. Ces condamnations sont prononcées par ordonnance du juge commissaire, qui est susceptible d'opposition et d'appel à la Cour, mais exécutoire par provision.

Si le témoin réassigné est encore défaillant, il est condamné par le juge-

(1) Cass. de Belgique, 5 février 1877, S. 78, 2, 21.
(2) Cour d'assises de la Seine, 10 avril 1877, S. 78, 2, 45.

commissaire à une amende de 100 francs, et ce magistrat peut même décerner contre lui un mandat d'amener (art. 264 C. pr.). On sait que ce mandat est un simple moyen de contrainte à l'effet de venir en justice et qu'il n'entraîne jamais incarcération, à la différence du mandat de dépôt et du mandat d'arrêt.

Lorsque le témoin vient ensuite et justifie qu'il a été dans l'impossibilité de se présenter au jour indiqué, le juge-commissaire le décharge de l'amende et des frais de réassignation, mais seulement après avoir reçu sa déposition (art. 265 C. pr.). En pareil cas, il vaut toujours mieux que le témoin prenne les devants et prévienne le juge avant le moment de sa comparution. Le juge-commissaire lui accorde alors un délai suffisant, qui ne doit pourtant pas excéder celui fixé pour l'enquête, ou se transporte chez le témoin pour recevoir sa déposition. Si le témoin est éloigné, le juge-commissaire renvoie devant le président du tribunal du lieu, qui entend le témoin ou commet un juge ; le greffier de ce tribunal fait parvenir de suite la minute du procès-verbal au greffe du tribunal où le procès est pendant et il prend exécutoire pour les frais contre la partie à la requête de laquelle le témoin a été entendu (art. 266 C. pr.).

Lorsque le témoin est convaincu d'avoir allégué de fausses excuses, il encourt un emprisonnement de six jours à deux mois (art. 236 C. pén.).

Le témoin dépose sur ce qu'il a vu ou entendu. Il ne reste depuis longtemps absolument rien du formalisme étroit des temps féodaux, qui rendait l'enquête fort périlleuse pour le témoin lui-même, obligé de reprendre mot pour mot la question posée (1). Il est défendu à tout témoin de lire un projet préparé à l'avance (art. 271 C. pr.). Ce projet donnerait à penser que la déposition a été dictée d'avance. Lorsque le témoin se présente avec un projet écrit, le juge doit lui défendre de le lire ; mais il l'admet néanmoins à déposer verbalement. Toutefois, le juge agira prudemment en relevant dans un procès-verbal que le témoin avait préparé un écrit, car cette circonstance pourra rendre sa déposition plus ou moins suspecte (2). Lorsque le témoin est sourd-muet, il doit répondre par le moyen d'un interprète ou écrire lui-même sa déposition en présence du juge et des parties.

Le juge-commissaire, dans la pratique, dicte le plus souvent la rédaction de la déposition au greffier qui l'assiste nécessairement pendant toute l'enquête, mais il doit conserver, autant que possible, à chaque déposition sa physionomie et n'écarter que les redites et les détails manifestement inutiles. Les juges-commissaires arrangent trop souvent les dépositions, de telle sorte qu'elles ont toutes, au moins quant à la forme, une parfaite ressemblance dans le procès-verbal, alors cependant que les témoins ont certainement déposé dans les styles les plus différents. Cet arrangement des dépositions a

(1) Aussi ne répondait-il pas en personne, mais par un prolocuteur dont il affirmait ensuite la sincérité sous serment. Voy. de très curieux détails dans un article de Brunner, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1872, p. 470.

(2) Cependant la Cour de cassation a décidé qu'un témoin peut employer des notes pour faire sa déposition quand la nature des faits en commande l'emploi, par exemple pour la description d'une opération scientifique (req. 20 mars 1851) ; cette solution a été consacrée par l'article 243 du Code de procédure italien.

ses inconvénients. Il vaudrait mieux que le greffier écrivît directement à mesure que parle chaque témoin.

Le juge donne lecture au témoin de sa déposition; celui-ci peut y faire tels changements que bon lui semble. On lui donne alors lecture de ces changements, qu'il doit signer comme la déposition elle-même; s'il ne veut pas ou ne peut pas signer, il en est fait mention (art. 274 C. pr.).

Une fois la déposition terminée, le témoin n'a plus le droit de se représenter pour ajouter de nouvelles explications qui pourraient lui être suggérées par l'une ou l'autre des parties. Le juge commissaire ne peut pas non plus rappeler le témoin d'office; la loi ne lui donne pas ce pouvoir qui appartient au président de la cour d'assises (art. 236 C. inst. crim.). On n'admet même pas qu'un témoin puisse être réassigné d'office ou à la demande de l'une des parties, quoique de nouveaux renseignements soient nécessaires. Mais si c'était le défendeur à l'enquête qui ait une interpellation tardive à faire au témoin, il pourra arriver à son but en le faisant citer dans la contre-enquête qu'il est autorisé à faire, s'il est encore, bien entendu, dans les délais. C'était déjà la solution de l'ancien droit, comme on peut le voir dans Serpillon, sur l'article 16 du titre XXIV de l'ordonnance, et cette décision est avec raison consacrée par la jurisprudence, car une réassignation modifierait la marche de l'enquête, telle qu'elle est organisée par la loi, et pourrait favoriser certaines subornations de témoins.

Toutefois, tant que le témoin ne s'est pas retiré, c'est-à-dire n'a pas terminé et signé sa déposition, et qu'on n'a pas commencé l'audition d'un autre témoin, le juge commissaire peut, d'office ou sur la réquisition de l'une des parties, faire au témoin les interpellations qu'il croit convenable (art. 273 C. pr.). Il doit attendre, pour les adresser, que la déposition soit achevée. D'un autre côté, les interpellations ne peuvent porter que sur les faits dont le jugement a ordonné la preuve ou sur des faits connexes. C'est au juge-commissaire à apprécier provisoirement cette connexité, sans qu'il ait besoin d'en référer préalablement au tribunal, quand une des parties s'oppose à la position de la question. Les réponses du témoin aux interpellations doivent lui être lues, mais il n'est pas nécessaire de lui relire sa première déposition. Les changements et additions doivent, comme la déposition elle-même, être signés du témoin, du juge et du greffier, à peine de nullité; si le témoin ne veut ou ne peut signer, il en est fait mention (art. 274 C. pr.). La nullité d'une addition non signée ne peut entraîner nullité de la déposition principale qu'autant que celle-ci se trouve en opposition avec l'addition non signée.

La partie ne peut pas interrompre le témoin pendant sa déposition, au risque d'encourir la sanction de l'article 276 du Code de procédure. Le témoin ne déposerait pas avec une entière liberté, si les parties avaient le droit de l'interrompre ou de lui poser directement des questions.

Lorsqu'un témoin a terminé sa déposition, le juge-commissaire doit lui demander s'il requiert taxe et, en cas d'affirmative, ce magistrat la fait sur la copie de l'assignation, qui vaut exécutoire (art. 271 et 277 C. pr.; art. 167 du tarif civil).

Le témoin qui n'est pas domicilié à plus d'un myriamètre du lieu où il est entendu n'a droit à aucune indemnité de voyage, mais il peut demander la

taxe fixée par les articles 27 et 28 du décret du 18 juin 1811. Celui qui est domicilié à plus d'un myriamètre a droit à une indemnité de voyage de 10 centimes par kilomètre en allant, et autant pour le retour, mais il ne peut pas demander la taxe des articles 27 et 28 précités. S'il doit faire un séjour dans la ville, il a alors droit à des indemnités plus fortes, fixées par un décret du 23 juin 1895, auquel sont aussi empruntées les dispositions précédentes. En général, le témoin qui a requis taxe est presque toujours payé du montant de sa taxe par l'avoué de la partie qui le fait citer; ce paiement est constaté par la remise faite à l'avoué de la copie de la citation sur laquelle est la taxe. Ces frais seront ensuite recouvrés, comme les autres dépens, contre la partie qui succombe. En matière d'assistance judiciaire, le montant de la taxe est avancé par le trésor, et on peut regretter la multiplicité souvent abusive des témoins cités par les assistés, qui occasionnent des frais et des taxes élevés presque toujours irrécouvrables.

Si les témoins ne peuvent pas être tous entendus le même jour, le juge-commissaire remet à jour et à heure certains, sans qu'il soit donné de nouvelles assignations aux témoins ou à la partie (art. 267 C. pr.). Le juge-commissaire doit, autant que possible, remettre les témoins au lendemain ou au jour non férié le plus prochain, surtout quand les témoins ne demeurent pas dans le lieu où se fait l'enquête ; toujours, au moins, ne faut-il pas que la remise dépasse le délai de huitaine dans lequel l'enquête doit être achevée, à moins que le jugement qui l'a ordonnée n'ait fixé un plus long délai.

La rédaction du procès-verbal d'enquête est d'une importance exceptionnelle, et la loi a soin de dire que toutes ses prescriptions sont à peine de nullité. Elle exige que le procès-verbal soit aussi complet que possible, non seulement parce que tout acte authentique doit se suffire à lui-même, mais encore parce que c'est ce procès-verbal qui, seul, portera l'enquête à la connaissance du tribunal.

Parmi ces formalités, les unes précèdent, d'autres accompagnent, les dernières suivent les dépositions (art. 269 à 275 C. pr.).

1° Formalités qui précèdent l'audition des témoins. En pratique l'avoué, au moment où il présente au juge commis la requête afin de fixation du jour de l'enquête (art. 257 C. pr.), rédige au greffe le début du procès-verbal dans lequel il relate qu'en vertu du jugement signifié il a requis l'ouverture de l'enquête (art. 259 C. pr.). Ce procès-verbal, appelé « procès-verbal d'ouverture d'enquête », signé par l'avoué, est suivi d'une déclaration du juge commis donnant acte à l'avoué de sa comparution et déclarant l'enquête ouverte.

Mais bien qu'ouverte par l'ordonnance du juge, nous avons vu qu'en fait l'enquête n'est commencée que par l'audition des témoins à la date fixée par le juge. Cette date, plus ou moins éloignée, doit être suffisante pour laisser aux parties le temps matériel nécessaire à l'effet de rédiger et de lancer leurs assignations.

Ce procès-verbal est alors complété par une nouvelle déclaration de l'avoué poursuivant, qui relate les formalités par lui remplies pour citer les parties et les témoins aux jour, lieu et heure indiqués, c'est ce que l'on appelle le dire de formalités, et qui requiert le juge de procéder à l'audition des témoins. Le juge, en possession du dossier, déclare sur-le-champ

les opérations commencées et ordonne l'audition du premier témoin.

2° Formalités qui accompagnent l'audition des témoins. Les témoins et les parties étant cités et appelés devant le juge, le procès-verbal constate leur comparution ou défaut et la représentation des assignations, à peine de nullité (art. 269 C. pr.). Il est indifférent que l'assignation soit représentée en original ou en copie (1), mais dans le procès-verbal le juge doit avoir soin de mentionner la représentation, tant de l'assignation donnée à la partie adverse, que de celles données aux témoins. La première de ces mentions est même la plus importante, parce que cette omission entraînerait la nullité de toute l'enquête, tandis que l'omission de la seconde, celle relative aux assignations données aux témoins, n'entraînerait que la nullité des dépositions à l'égard desquelles la mention aurait été omise (2). Il n'est pas nécessaire de mentionner que l'assignation donnée à la partie a été faite trois jours avant l'audition des témoins et qu'elle contenait leur indication. Dès que le procès-verbal constate que l'assignation a été représentée, c'est ensuite au défendeur à prouver que cette assignation n'était pas conforme au vœu de la loi. A l'égard de chaque témoin en particulier, le procès-verbal, outre la mention de la représentation de son assignation, doit exprimer, comme résultant de sa propre déclaration, ses noms, profession, âge et demeure, s'il est parent ou allié de l'une des parties et à quel degré, s'il est domestique ou serviteur de l'une d'elles et à quel degré; il doit exprimer aussi que le témoin a fait serment de dire vérité, le tout à peine de nullité. Il ne suffirait pas d'indiquer par une mention générale à la fin du procès-verbal que tous les témoins ont prêté serment et que tous ont déclaré n'être parents, alliés, ni serviteurs des parties; ces déclarations doivent, en effet, être constatées par la signature même que le témoin appose à la suite de sa déposition. Le procès-verbal doit aussi déclarer que la déposition a été lue au témoin, qu'on lui a demandé s'il requiert taxe, qu'il a fait ou non des changements, qu'il a été interpellé, qu'il a signé sa déposition et les changements (art. 275 C. pr.), que le juge-commissaire et le greffier ont également signé. Quoique la signature du témoin se trouve sur la minute, il faut mentionner qu'elle a été apposée, parce qu'elle n'a par elle-même aucune authenticité. Mais la mention n'est pas indispensable à l'égard des signatures du juge et du greffier qui sont authentiques. Le procès-verbal doit aussi mentionner la demande faite au témoin s'il requiert taxe, le refus de ce témoin ou la taxe accordée; d'ailleurs l'omission de ces mentions qui n'intéressent que le témoin ne peut jamais entraîner la nullité de la déposition.

3° Formalités qui suivent l'audition des témoins. Après la reproduction des dépositions, le procès-verbal d'enquête doit être signé à la fois par le juge, par le greffier et par les parties, si elles le veulent et si elles le peuvent; en cas de refus, il doit en être fait mention à peine de nullité. La signature des

(1) Civ. rej., 17 avril 1867, D. P. 67, 1, 267.

(2) Il est admis unanimement que si le témoin ne présente pas sa copie, l'enquête n'en serait pas moins valable, du moment surtout où il est constaté par l'original de la citation à témoins qu'il a été touché par cette assignation. Bourges, 16 janvier 1831, D. P. 31, 1, 215.

parties ne couvre d'ailleurs aucune des nullités commises ; signer n'est pas approuver. Quand les témoins n'ont pas été entendus le même jour, le juge-commissaire indique chaque fois dans son procès-verbal le jour et l'heure où continuera leur audition. Mais il n'est pas nécessaire de requérir et de mentionner la signature des parties ou leur refus à la fin de chaque séance ; il suffit de le faire à la fin de l'enquête, lorsque le juge clora définitivement son procès-verbal. La minute du procès-verbal, contenant les énonciations que nous venons de relater, restera déposée aux minutes du greffe du tribunal qui a ordonné l'enquête, et ce, même au cas de commission rogatoire donnée à un autre tribunal ; la minute du procès-verbal de l'enquête faite par le tribunal ou le juge délégué doit toujours être en ce cas retournée au greffe du tribunal délégant par les soins du greffier.

La loi, toujours préoccupée du danger des subornations de témoins, ne veut pas que l'enquête traîne en longueur. Aussi décide-t-elle que l'enquête doit être respectivement parachevée dans la huitaine de l'audition du premier témoin, à peine de nullité, à moins que le jugement n'ait fixé un plus long délai (art. 278 C. pr.). Il aurait été inutile, en effet, de resserrer dans d'étroites limites le délai pour commencer l'enquête s'il avait été possible ensuite de faire durer indéfiniment cette mesure d'instruction. C'est aussi pour cette raison que, selon nous, le point de départ de la huitaine n'est pas, comme le dit d'une manière inexacte l'article 278 du Code de procédure, l'audition du premier témoin, mais le jour fixé par le juge-commissaire pour l'audition de ce premier témoin. C'est là ce que la loi a voulu dire.

Quand il y a enquête et contre-enquête, l'audition du premier témoin de l'enquête ne fait courir le délai de huitaine que pour l'enquête et non pour la contre-enquête. A l'égard de cette dernière, le délai de huitaine pour la finir ne court que du jour fixé pour l'audition du premier témoin de la contre-enquête.

Les mots « respectivement parachevés » de l'article 278 du Code de procédure s'entendent, d'après les observations du Tribunat, en ce sens que l'enquête et la contre-enquête peuvent avoir chacune leur point de départ spécial, pourvu que chacune d'elles n'absorbe pas plus de huit jours. On a vu qu'il y a un délai indéfini entre l'ouverture fictive de l'enquête et l'ouverture réelle. Si l'on ajoute à cela que l'exécution du jugement peut être arrêtée par l'opposition ou l'appel, il faudra bien reconnaître que les précautions prises par la loi pour faire commencer l'enquête et empêcher les subornations de témoins sont souvent illusoires.

Mais la loi a mieux réglé la fin de l'enquête que son commencement, et les parties sont bien obligées de terminer cette enquête dans la huitaine ou dans le délai fixé par le tribunal, à peine de nullité des dépositions des témoins qui seraient entendus tardivement.

Il peut arriver que des circonstances, non prévues d'abord, obligent à prolonger l'enquête et que les parties démontrent que le délai de huitaine ou celui fixé par le tribunal est insuffisant. Dans ce cas, la loi autorise la demande de prorogation, non seulement pour qu'on puisse faire entendre tous les témoins déjà cités qui n'ont pas déposé, mais même pour en appeler de nouveaux. Toutefois, on ne pourrait pas demander une nouvelle audition

des témoins déjà entendus. La partie est en faute de n'avoir pas provoqué, de la part de ces témoins, toutes les explications utiles, et les additions ou modifications qu'ils voudraient faire à leurs premières dépositions seraient trop suspectes (1). On ne peut pas davantage accorder une prorogation à celle des parties qui n'a fait citer aucun témoin au jour indiqué pour l'enquête ou la contre-enquête; il n'est pas possible en effet de couvrir la négligence des intéressés au moyen de semblables artifices de procédure (2).

La demande de prorogation doit être formée dans le délai fixé pour la confection de l'enquête, sinon, une fois ce délai expiré, le droit de faire entendre des témoins est clos. Si le tribunal accorde la prorogation de l'enquête, il en résulte de droit la prorogation de la contre-enquête, en ce sens que la faculté de faire entendre les témoins anciens après la huitaine de la contre-enquête, ou même de nouveaux témoins, appartient également à celui qui n'a pas demandé la prorogation (3). Mais il n'en serait pas de même dans le cas de deux enquêtes principales: la prorogation du délai de l'une ne servirait pas pour l'autre; il faudrait donc demander deux prorogations et le tribunal devrait statuer sur l'une et l'autre.

La prorogation peut être demandée déjà avant l'audition du premier témoin; elle serait recevable même si elle était basée sur une faute de l'avoué comme, par exemple, sur la nullité de l'assignation donnée à la partie adverse (4). Mais le juge-commissaire ne peut jamais ordonner la prorogation, même si les deux parties sont d'accord; ce droit n'appartient qu'au tribunal (art. 279 C. pr.).

La prorogation est demandée dans la forme indiquée par l'article 280 du Code de procédure. Aux termes de cet article, la prorogation sera demandée sur le procès-verbal du juge-commissaire et ordonnée sur le référé qu'il en fera à l'audience, au jour indiqué par le procès-verbal, sans sommation ni avenir, si les parties ou leurs avoués ont été présents. Nous pensons que la prorogation pourrait aussi, sans qu'il y ait nullité, être demandée par acte d'avoué à avoué. La peine de la nullité prononcée par notre article ne s'applique qu'à la seconde disposition qui défend d'accorder plus d'une prorogation, et non pas à la première qui n'est pas substantielle. Mais ce que dit l'article 280 du Code de procédure, suppose que le juge-commissaire fait partie du tribunal qui a ordonné l'enquête.

En cas de commission rogatoire, le juge de l'enquête ne peut pas en référer à son tribunal qui n'est pas compétent, ni au tribunal saisi de l'affaire, parce qu'il n'en fait pas partie. Ce juge se bornera à constater la demande de prorogation sur son procès-verbal et renverra les parties à se pourvoir. Celui qui demande la prorogation devra alors citer l'autre devant le tribunal qui a ordonné l'enquête pour entendre statuer sur la prorogation, comme

(1) Pau, 27 mai 1857, D. P. 58, 2, 57; trib. de Perpignan, 14 mars 1894, D. P. 95, 2, 8; *contra* Trib. d'Amiens, 17 mars 1882 *Jur. gén.*, *Suppl.* v° *Enquête*, note 1, p. 114. Il faut cependant observer que, dans cette dernière espèce, les témoins étaient cités sur un fait nouveau qui s'était produit depuis leurs premières dépositions.

(2) Trib. d'Amiens, 17 mars 1882 précité; Besançon, 10 mars 1885, *Gazette du palais*, 85, 2, supp., 15; par analogie Bourges, 3 avril 1867, S. 67, 2, 288.

(3) Pau, 10 avril 1870, D. P. 71, 2, 91; Bourges, 27 décembre 1878, S. 80, 2, 39.

(4) Req., 7 décembre 1831, D. P. 32, 1, 22; Douai, 16 février 1875, D. P. 77, 2, 159.

affaire urgente sommaire et dans le plus bref délai possible. Les tribunaux se conformeront à l'esprit de la loi en n'accordant des prorogations qu'avec une extrême réserve (1).

Dans tous les cas, la loi ne permet jamais qu'une prorogation : c'est aux parties à prévoir de suite tout ce qui pourra retarder la fin de l'enquête commencée, et à faire valoir ces circonstances pour obtenir une prorogation assez longue. Si les tribunaux pouvaient accorder plusieurs prorogations, les enquêtes traîneraient souvent en longueur; aussi l'article 280 du Code de procédure a-t-il le soin d'ajouter que tout ce qui serait fait dans une seconde ou subséquente prorogation serait entaché de nullité.

C'est dans le même but, pour empêcher les enquêtes de s'éterniser et les frais de se multiplier inutilement, que l'article 280 du Code de procédure veut que toute partie qui fait entendre plus de cinq témoins sur un seul et même fait supporte définitivement, c'est-à-dire même pour le cas où elle gagnerait le procès, les frais des dépositions des témoins qui dépassent le nombre de cinq. On peut regretter que cette règle ne soit pas appliquée, en pratique, pour porter remède à l'abus que l'on fait des citations de témoins dans les affaires de divorce notamment et surtout dans les cas où l'assistance judiciaire a été accordée à la partie. Déjà d'anciennes ordonnances de 1466, 1498, 1535, défendaient d'entendre plus de dix témoins sur un même fait. L'ordonnance de 1667 (tit. XXII, art. 21) a disposé qu'il pourrait en être entendu plus, mais que les frais de ces témoins excédant dix n'entreraient pas en taxe et resteraient définitivement à la charge de celui qui les aurait appelés, même s'il gagnait le procès. L'article 281 du Code de procédure a reproduit la disposition de l'ordonnance de 1667, mais en réduisant le nombre des témoins à cinq. Il ne faudrait pas conclure de cet article qu'il y ait un maximum ou un minimum de témoins pour établir un fait. Nous avons repoussé le système des preuves légales de notre ancien droit qui, sur la foi de textes du droit romain mal interprétés, ne voulait pas qu'un seul témoin pût faire preuve et imposait la preuve au juge, quelle que fût sa conviction, dès que deux témoins déposaient dans le même sens.

Une fois l'enquête terminée, la partie la plus diligente signifie à avoué copie des procès-verbaux d'enquête et de contre-enquête et poursuit l'audience par un simple acte pour plaider sur les résultats de cette mesure d'instruction. Mais, avant d'arriver à la fin de l'enquête, nous devons déterminer l'étendue des pouvoirs du juge-commissaire et rechercher quelles sont les personnes qui, pour des raisons très diverses, ne peuvent pas être témoins.

On est loin de s'entendre sur l'étendue des pouvoirs du juge-commissaire. A notre avis, il résulte nettement des textes mêmes de la loi que la mission du juge-commissaire se limite à l'audition des témoins dans le délai fixé par la loi ou par le tribunal (art. 266 et 278 C. pr.). Quant aux incidents contentieux qui pourraient se présenter devant lui, il est incompétent d'une manière absolue. C'est ainsi, comme nous venons de le dire, qu'il n'a pas le

(1) Orléans, 8 décembre 1898, D. P. 1900, 2, 279; req., 30 juillet 1900, D. P. 1900, 1, 608.

droit de statuer sur une demande de prorogation, et nous verrons bientôt qu'il ne peut pas non plus trancher les difficultés relatives aux reproches de certains témoins. En nous inspirant de cet esprit de la loi, nous déciderons d'une manière générale que le juge-commissaire ne peut pas statuer sur les incidents contentieux soulevés devant lui, par exemple sur la question de savoir si les avocats des parties peuvent assister à l'audition des témoins; il doit renvoyer ces incidents au tribunal (1). La Cour de cassation est moins rigoureuse; elle permet au juge-commissaire de trancher ces incidents, mais d'une manière provisoire seulement; elle ajoute que s'il rendait une décision définitive, celle-ci serait entachée d'excès de pouvoir (2). Ces deux solutions nous semblent inexactes : aucun texte ne donne au juge-commissaire le droit de statuer provisoirement et, d'un autre côté, lorsqu'il dépasse ses pouvoirs, il commet un acte d'incompétence, mais non un excès de pouvoir, car il statue à la place d'une autre autorité judiciaire et n'empiète pas sur le pouvoir législatif ni sur le pouvoir exécutif.

E. *Des personnes indignes, incapables, reprochables* (art. 268, 283, 285 C. pr.). — Le but essentiel de l'enquête, c'est la découverte de la vérité par les témoins. Aussi avons-nous déjà vu que le faux témoignage qui trompe et corrompt la justice est un crime ou un délit, suivant les distinctions des articles 361 et suivants du Code pénal modifiés par la loi du 13 mai 1863. C'est aussi dans la crainte que certaines dépositions n'induisent la justice en erreur, que le législateur a déclaré différentes personnes indignes, incapables ou reprochables. Il importe de ne pas confondre ces trois catégories de personnes.

L'indignité d'être témoin est absolue; elle résulte de certaines condamnations judiciaires. Sont indignes d'être témoins : ceux qui ont été condamnés à une peine entraînant l'interdiction légale ou la dégradation civique; les condamnés à une peine correctionnelle contre lesquels cette peine spéciale, consistant précisément dans l'incapacité d'être témoin, a été prononcée (art. 28, 34, 42 C. pén. et loi du 31 mai 1854) (3). Ces personnes indignes peuvent d'ailleurs être entendues, mais à titre de simple renseignement et sans prêter serment. Seulement, aujourd'hui que l'on pèse les témoignages au lieu de les compter, il n'y a plus guère de différence entre le témoignage et le renseignement, car les juges peuvent faire reposer leur conviction sur de simples présomptions de fait dans les affaires où la preuve testimoniale est admise (art. 1353 C. civ.). Il y aurait donc nullité et il ne devrait pas être tenu compte de la déposition, même à titre de simple renseignement, si le juge-commissaire avait fait prêter serment à l'indigne. Cette nullité pourrait être proposée par les deux parties et devrait, dans le cas où elles garderaient le silence, être soulevée d'office par le ministère public et par le tribunal.

Cette théorie de l'indignité devrait être supprimée, surtout à une époque où le juge a pleine liberté et se décide d'après son intime conviction. Il ne

(1) Toulouse, 31 novembre 1881, D. P. 84, 1, 401 et ma note sous cet arrêt.

(2) Civ. cass., 13 mai 1884, S. 84, 1, 281.

(3) La dégradation civique accompagnant toutes les peines criminelles, quiconque a été condamné à une de ces peines est indigne d'être témoin, et on sait que la dégradation civique dure toute la vie. Au contraire, quand l'indignité d'être témoin résulte de certaines condamnations correctionnelles, elle cesse avec la peine principale.

manquera jamais de tenir compte de ce que telle déclaration émane d'une personne qui a eu des démêlés avec la justice et il vaudrait bien mieux obliger ces personnes à prêter serment comme les autres; en les dispensant de cette formalité, en réalité on leur évite la peine du parjure et on leur accorde une faveur bien étrange (1).

Sont incapables les parents et alliés en ligne directe de chaque partie, ainsi que son conjoint même divorcé (art. 268 C. pr.). L'incapacité diffère sensiblement de l'indignité : d'abord elle n'entache pas l'honorabilité; ensuite elle est purement relative, c'est-à-dire qu'elle existe seulement dans le procès où est engagé le parent de l'incapable, tandis que l'indignité est absolue et s'oppose à ce que celui qu'elle frappe soit témoin dans aucun procès. Cependant, alors que les indignes peuvent être assignés et entendus à titre de simple renseignement, les incapables ne peuvent pas être assignés; le juge-commissaire doit refuser, même d'office, de les entendre et si un incapable avait néanmoins déposé, la nullité de son témoignage étant d'ordre public, pourrait être proposée en tout état de cause par chacune des parties, même par celle du côté de laquelle existe la parenté ou l'alliance et, en cas de silence des parties, d'office par le ministère public et par le tribunal. Mais c'est seulement la déposition de l'incapable qui est nulle.

La prohibition de l'article 268 du Code de procédure s'applique non seulement au cas de parenté légitime en ligne directe, mais aussi à celui de parenté naturelle légalement constatée et à celui de parenté adoptive. Par exception, en matière de divorce et de séparation de corps, tous les parents, même ascendants et sauf exception pour les descendants, peuvent être entendus comme témoins (loi du 18 avril 1886; art. 245 C. civ.). La loi admet aussi dans ces procès les dépositions des domestiques; ce sont en effet ces personnes qui, le plus souvent, seront renseignées. Toutefois, les descendants des époux restent incapables d'être témoins, parce qu'il leur serait trop pénible de déposer en justice et la jurisprudence, en se fondant avec raison sur les termes absolus de la loi, décide que cette incapacité frappe non seulement les enfants nés du mariage qui donnent lieu au divorce ou à la séparation de corps, mais encore ceux d'un précédent mariage (2).

Les parents peuvent aussi déposer comme témoins dans le cas de l'article 46 du Code civil et lorsqu'il s'agit d'établir la filiation légitime ou la maternité naturelle par la possession d'état (art. 321, 323, 341 C. civ.).

Pour le cas où l'on soulève devant le juge-commissaire des doutes au sujet de l'existence de la parenté en ligne directe, la Cour de cassation permet, avec raison, au juge-commissaire (3) de recevoir la déposition sous toutes réserves, sauf à renvoyer l'incident au tribunal avant de plaider sur les résultats de l'enquête.

(1) Cependant, sur cette théorie de l'indignité, on a soutenu que c'est un droit d'être témoin, et cela est sans aucun doute exact à certains points de vue, surtout si l'on s'occupe des témoins dans les actes notariés ou de l'état civil. Mais à un autre point de vue, il s'agit aussi d'un devoir, surtout pour les témoins en justice, comme nous en avons la preuve par les dispositions de notre titre relatives aux témoins récalcitrants.

(2) Dijon, 27 mars 1879, S. 79, 2, 68.

(3) Req., 13 décembre 1871, S. 71, 1, 220.

Les causes de reproche sont les moyens présentés par l'adversaire pour empêcher que la déposition d'un témoin soit lue devant le tribunal. Remarquons tout de suite que le reproche doit être soulevé devant le juge-commissaire, mais ce magistrat n'a pas le droit de rechercher s'il est bien ou mal fondé ; il se borne à le constater sur son procès-verbal et reçoit la déposition du témoin ; seulement, si plus tard, le tribunal reconnaît que le reproche est fondé, il n'est pas donné lecture de la déposition du témoin reproché. Dans notre ancienne procédure, l'ordonnance de 1667 (tit. XXIII) n'avait pas énuméré les causes de reproche; elle se contentait de dire que les reproches devaient être circonstanciés et pertinents, et elle abandonnait la question à l'appréciation souveraine des tribunaux qui admettaient parfois des causes de reproche fort contestables. Ainsi, on considérait parfois comme motifs suffisants de reproches: le soupçon d'inimitié, ce qui est toujours vague; la crainte de subornation résultant de la pauvreté (1); l'infamie qui s'attachait, non seulement à certaines condamnations, mais aussi à différentes professions, comme celles de comédien, de courtisane. On avait fini par distinguer deux sortes de reproches, ceux de fait et ceux de droit. On appelait reproches de fait ceux qui étaient fondés sur un motif tiré d'une qualité particulière du témoin ou de faits antérieurs qui devaient atteindre la foi de son témoignage. Il y en avait de plusieurs sortes : pour parenté; pour cause de dépendance comme vassal du seigneur; comme débiteur de l'autre partie; à cause de la condition, telle que celle de bateleur, comédien, mendiant, etc. Les reproches de droit étaient tirés de la déposition elle-même et, par exemple, si la partie soutenait que le témoin était en contradiction ou hésitait.

Les rédacteurs du code ont sagement supprimé ces reproches de droit qui étaient une cause de discussions interminables. Quant aux reproches de fait, ils les ont admis, mais en ayant soin de les énumérer dans l'article 283 du Code de procédure, au lieu de les abandonner à l'appréciation des tribunaux : ils auraient mieux fait de supprimer complètement ces reproches, surtout avec le système qui admet la preuve par l'intime conviction, car le juge peut toujours apprécier la valeur des témoignages. L'ordre public n'est pas intéressé à ces questions de reproche, à la différence de ce qui a lieu pour l'indignité et pour la capacité. Aussi, le reproche ne peut être proposé que par l'adversaire de celui qui a assigné le témoin, et jamais d'office par le ministère public ou par le juge.

Sont reprochables, aux termes de l'article 283, « les parents ou alliés de l'une ou de l'autre des parties jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement; les parents et alliés des conjoints au degré ci-dessus si le conjoint est vivant ou si la partie ou le témoin a des enfants vivants; en cas que le conjoint soit décédé et qu'il n'ait pas laissé de descendants, pourront être reprochés les parents et alliés en ligne directe, les frères, beaux-frères, neveux et belles-sœurs ».

Cette disposition nécessite plusieurs remarques. C'est par inadvertance

(1) Loysel avait dit en effet : « Pauvreté n'est pas vice, mais en grande pauvreté n'y a pas loyauté. » *Institutes coutumières*, au titre des *Preuves*, règle 16.

que, dans sa généralité, cet article parle des parents et alliés en ligne directe, car l'article 268 les déclare déjà incapables. C'est donc seulement aux parents et alliés, autres que ceux de l'article 268, que s'applique l'article 283; ces parents peuvent être aussi bien ceux de l'une que de l'autre partie. Ainsi, je puis reprocher non seulement les parents et alliés de mon adversaire, mais même les miens que cet adversaire a cités comme témoins. Il peut, en effet, exister des causes d'inimitié qui les rendent suspects. On a toutefois soutenu à tort qu'il n'y aurait pas lieu à reproche, si le témoin était parent ou allié des deux parties à la fois (1). Il faut aussi remarquer la distinction qu'établit notre article pour les alliés : si le conjoint du plaideur est mort sans enfant, le reproche n'est plus permis que vis-à-vis des alliés pour lesquels l'alliance est un empêchement au mariage; au contraire, si le conjoint du plaideur est encore vivant, et si la partie ou le témoin en a des enfants vivants alors les reproches sont admis jusqu'au sixième degré. De ces mots « parents ou alliés du conjoint de l'une des parties », il résulte qu'il est permis de reprocher même les alliés de ce conjoint qui ne sont pas les parents de la partie, parce qu'il s'agit d'une alliance provenant d'un précédent mariage (2).

La parenté naturelle est une cause d'incapacité dans la ligne directe, mais le législateur n'admettant pas de parenté naturelle collatérale, il n'en peut pas être question ici, bien qu'il y ait cependant des droits de succession entre les frères et sœurs naturels. La parenté aldultérine ou incestueuse ne peut être une cause de reproche que dans les cas exceptionnels où elle est établie, mais alors elle devient une cause de reproche, même en ligne collatérale jusqu'au sixième degré. Enfin la parenté adoptive, existant seulement en ligne directe, ne peut être qu'une cause d'incapacité et jamais une cause de reproche. Quand une commune est en cause, on n'a pas le droit de reprocher les parents des habitants de la commune, car ce ne sont pas les habitants qui plaident, mais la commune, être moral. Il n'en serait autrement que dans le cas où il s'agirait d'habitants directement intéressés au procès et qui, alors, pourraient eux-mêmes être reprochés, car ils sont parties avec la commune (3). Les parents et alliés des créanciers d'une faillite ne sont pas non plus reprochables dans les procès où le syndic est partie, à moins qu'ils n'aient un intérêt direct à la cause (4).

« Le témoin héritier présomptif ou donataire » peut aussi être reproché, aux termes de l'article 283 du Code de procédure. L'héritier présomptif est suspect, parce qu'il a intérêt à ce que la fortune de son auteur augmente ; quant au donataire, on s'en méfie parce qu'il est lié par la reconnaissance.

(1) La Cour d'Angers admet cette solution, mais seulement pour le cas où le témoin est parent ou allié des deux parties au même degré. Angers, 12 décembre 1882, *Jur. gén.*, *Suppl.*, v° *Enquête*, n° 180. Nous pensons au contraire qu'il y a lieu à reproche même dans ce cas.

(2) Les dispositions de cet article 283 donnent aussi argument à la doctrine suivant laquelle l'alliance ne finit pas avec le mariage qui l'a fait naître.

(3) Voy. la jurisprudence dans *Jur. gén.*, v° *Enquête*, n° 467 ; Douai, 18 décembre 1846, D. P. 47, 4, 463; Orléans, 20 mars 1889, D. P. 90, 2, 222; civ. cass., 1er juillet 1890, D. P. 90, 1, 355.

(4) Cass. de Belgique, 17 mai 1883, D. P. 84, 2, 118.

Le donateur, au contraire, n'est pas reprochable. La loi ne parle pas du légataire éventuel et il semble, dès lors, qu'on doive l'admettre comme témoin ; mais peut-être l'a-t-elle passé sous silence, parce qu'elle a supposé que le testateur étant encore vivant, son nom n'était pas connu. Il semble que, dans le cas où il en serait autrement, le légataire devrait être reprochable, car il est bien plus encore sous la dépendance du testateur que le donataire vis-à-vis du donateur.

« Celui qui aura bu ou mangé avec la partie et à ses frais depuis la prononciation du jugement qui a ordonné l'enquête » est également reprochable. On voit que le législateur se fait une assez triste idée de la valeur morale de certains hommes, puisqu'il admet qu'ils pourront placer leurs appétits au-dessus de leur conscience et risquer, pour les satisfaire, les peines du faux témoignage. Il suffit, d'après la jurisprudence, que le témoin ait bu et mangé aux frais de la partie et il n'est pas nécessaire que la partie ait bu et mangé avec lui (1). Le texte de la loi est cependant formel en sens contraire. Mais quand un procès intéresse une commune, doit-on conclure de l'article 283 que les témoins ne pourront manger ni boire pendant le procès chez aucun habitant ? Il faut faire la même distinction que précédemment. La commune est un être moral et les habitants ne sont pas directement en cause, à moins qu'ils ne soient personnellement intéressés ; dans ce dernier cas seulement, on pourrait reprocher les témoins qui auraient bu et mangé avec eux et à leurs frais.

Est encore reprochable « celui qui aura donné des certificats sur des faits relatifs au procès » (art. 283 C. pr.) ; il peut être reproché par la partie contre laquelle le certificat a été donné, mais non par celle qui l'a obtenu ; autrement, il serait trop facile de se créer, à son profit, des causes de reproche. Le certificat doit s'entendre de toute attestation donnée, par complaisance, à la partie par la personne reprochée. On ne saurait donc considérer comme certificats des actes faits ou passés par des personnes quelconques, dans l'exercice de leurs fonctions, notamment des rapports d'experts (2), des rapports faits par des fonctionnaires (3), des avis donnés par des conseillers municipaux (4), les actes instrumentaires dressés par les notaires (5). On pourrait, toutefois, reprocher le notaire quand les parties plaident ensuite sur cet acte et sur la responsabilité du notaire relativement à la validité de cet acte, car alors le notaire a un intérêt personnel dans la cause.

Sont aussi reprochables « les serviteurs et domestiques, sauf exception dans les procès en divorce et en séparation de corps » (art. 251 C. civ.). Certains arrêts ont entendu cette disposition dans un sens assez large et ont

(1) Bordeaux, 6 août 1853 et Bruxelles, 19 novembre 1860. *Jur. gén.*, *Suppl.*, v° *Enquête*, n° 188. Jugé avec raison que les parents des époux peuvent être entendus comme témoins sur une demande en séparation de corps, lors même qu'ils auraient bu et mangé chez la partie, parce que la parenté justifie alors ce rapprochement. Caen, 28 janvier 1874, S. 74, 2, 169.

(2) Douai, 16 juin 1857, *Jur. gén.*, *Suppl.*, v° *Enquête*, n° 198.

(3) Chambéry, 5 mai 1876, D. P. 79, 5, 403 ; Bourges, 4 décembre 1877, D. P. 79, 2, 104 ; Douai, 15 février 1882, *Jur. gén.*, *Suppl.*, v° *Enquête*, n° 209.

(4) Bourges, 4 décembre 1877, D. P. 79, 2, 104 ; Orléans, 1er juillet 1886, D. P. 88, 2, 128.

(5) Gand, 19 juillet 1882, D. P. 83, 2, 200.

permis de reprocher non seulement les serviteurs et domestiques proprement dits, mais même toute personne vivant sous la dépendance d'autrui et en recevant salaire, comme les clercs des officiers ministériels, les employés des commerçants et industriels ; mais on a compris que cette solution extensive est contraire à l'esprit de la loi et on décide aujourd'hui sans difficulté que cette cause de reproche, supposant un rapport de domesticité, ne s'applique pas aux personnes qui, tout en étant au service d'une autre, ne sont pas dans le même lieu de dépendance. Ainsi, on ne peut pas reprocher les ouvriers ni leurs surveillants (1), les fermiers et colons (2), les commis, employés ou directeurs (3), les clercs et secrétaires des officiers ministériels (4). Mais on considère, avec raison, comme de véritables serviteurs et reprochables, à ce titre, les concierges, les gardes-malades, les gardiens des interdits (5), les gardes-chasse et piqueurs des particuliers (6). Celui qui a été serviteur ou domestique de l'une des parties, mais ne l'est plus, n'est pas reprochable, parce que le lien de dépendance a disparu.

L'article 283 du Code de procédure déclare encore reprochable « le témoin en état d'accusation », c'est-à-dire renvoyé devant la cour d'assises par arrêt de la chambre des mises en accusation. Une simple mise en prévention, s'il était traduit ou cité en police correctionnelle, ne suffirait pas pour autoriser à le reprocher. D'un autre côté, le reproche deviendrait sans objet si le témoin était acquitté avant le jugement statuant sur les reproches.

L'article 283 du Code de procédure se termine par une disposition relative à « celui qui a été condamné à une peine afflictive ou infamante ou même à une peine correctionnelle pour cause de vol ». Cette disposition doit être combinée avec celle du Code pénal qui frappe d'indignité les personnes condamnées à des peines afflictives ou infamantes. Il en résulte que ces personnes sont à la fois indignes et reprochables. En tant qu'elles sont indignes, elles ne donnent que de simples renseignements sans prêter serment ; en tant qu'elles sont reprochables, chaque partie peut s'opposer, sans y être obligée, à la lecture de ces renseignements devant le tribunal. Une autre interprétation pourrait être proposée et qui consisterait à dire que cette disposition du Code de procédure a été abrogée par le Code pénal, de sorte que les condamnés à des peines afflictives ou infamantes ne sont plus reprochables, mais indignes. Pour le cas de vol, la question est un peu différente : l'indignité peut être prononcée (art. 401 C. pén.), mais elle est facultative pour le juge, de sorte que, s'il a gardé le silence, le voleur n'est pas indigne, mais devient reprochable.

(1) Nancy, 20 juillet 1877, D. P. 78, 2, 175; trib. de Bar-le-Duc, 28 mai 1868, D. P. 71, 1, 102.

(2) Bordeaux, 18 février 1857, *Jur. gén.*, *Suppl.*, v° *Enquête*, n° 227.

(3) Req., 14 décembre 1869, D. P. 71, 1, 102; req., 14 décembre 1881, D. P. 82, 1, 184; Chambéry, 5 mai 1876, D. P. 79, 5, 403; Nîmes, 20 août 1877, D. P. 82, 1, 100; civ. cass., 29 décembre 1880, D. P. 81, 1, 200; Dijon, 8 mars 1880, S. 81, 2, 4; Douai, 21 mai 1885, S. 85, 2, 173.

(4) Voy. la jurisprudence dans *Code de procédure civile annote*, sous l'art. 283, nos 161 et 162.

(5) Rouen, 17 décembre 1863, *Jur. gén.*, *Suppl.*, v° *Enquête*, n° 216.

(6) Req., 31 juillet 1876, D. P. 77, 1, 24.

On s'est demandé si la réhabilitation du condamné s'oppose à ce qu'il puisse encore être reproché ; cela serait naturel, mais, en l'absence d'un texte spécial, il faut autoriser le reproche. Autre chose est l'indignité, autre chose est le reproche. L'indignité cesse par l'effet de la réhabilitation ; la possibilité d'être reproché n'est pas une peine, une déchéance, encourue par le témoin, mais seulement une garantie pour la partie adverse, et la réhabilitation ne peut pas la faire tomber.

Telle est l'énumération de l'article 283 du Code de procédure. Il semble bien qu'elle soit limitative et que le législateur l'a faite pour retirer aux tribunaux le droit qu'on leur reconnaissait autrefois de déterminer par eux-mêmes les causes de reproche. La jurisprudence est cependant depuis longtemps fixée dans un sens différent ; elle décide que l'énumération de l'article 283 n'est pas limitative et que les tribunaux peuvent encore admettre d'autres causes de reproches abandonnées à leur appréciation. Il y aurait ainsi deux espèces de reproches : les reproches légaux, déterminés par la loi elle-même et que les tribunaux sont obligés d'admettre dès qu'ils sont invoqués, au risque de violer la loi, et les reproches non prévus par l'article 283, abandonnés à l'appréciation des tribunaux et que ceux-ci peuvent admettre ou repousser souverainement (1). Cette jurisprudence oublie complètement ce qui s'est passé lors des travaux préparatoires : plusieurs cours d'appel ayant demandé que les causes de reproche fussent abandonnées à l'appréciation des tribunaux, le Conseil d'État repoussa cette proposition et maintint l'énumération de l'article 283 du Code de procédure.

De ce que l'article 283 est limitatif, nous conclurons qu'on ne peut pas reprocher les créanciers dans une enquête intéressant leur débiteur (2), le débiteur de la partie, les habitants de la commune qui plaide (3), le mandataire du plaideur (4). De même, la parenté des témoins, entre eux, n'est pas une cause de reproche (5). De même encore, rien ne s'oppose à ce que le témoin de l'enquête dépose dans la contre-enquête ou réciproquement (6). L'interdit judiciaire n'est ni indigne ni reprochable ; seulement, on ne devrait l'entendre que dans un intervalle lucide, mais on ne peut pas lui étendre ce que la loi dit de l'interdit légal. On doit donner la même solution pour l'aliéné non interdit de la loi de 1838.

Si l'énonciation de l'article 283 du Code de procédure est limitative, cependant le reproche non prévu par cet article doit être admis quand il résulte d'un argument *a fortiori*. C'est ainsi qu'on ne doit pas admettre comme témoins ceux qui ont un intérêt personnel au procès. Cela résulte

(1) Req., 17 juin 1873, S. 73, 1, 265 ; req., 29 juillet 1873, S. 74, 1, 360 ; req., 16 juillet 1874, S. 75, 1, 54 ; req., 30 décembre 1874, S. 75, 1, 225 ; req., 31 juillet 1876, S. 77, 1, 176 ; req., 5 novembre 1878, S. 79, 1, 468 ; Douai, 21 avril 1879, S. 79, 2, 317 ; Angers, 12 décembre 1882, S. 83, 2, 108 ; req., 8 mai 1883, S. 83, 1, 295 ; Nancy, 17 décembre 1885, D. P. 86, 2, 280 ; Pau, 31 mai 1886, D. P. 87, 2, 229 et la note.

(2) Chambéry, 29 avril 1868, D. P. 68, 2, 181 ; Cass. de Belgique, 17 mai 1883, D. P. 84, 2, 118.

(3) Orléans, 20 mars 1889, D. P. 90, 2, 222.

(4) Voy. le *Code de procédure civile annoté*, nos 269 et suiv.

(5) Req., 19 décembre 1866, D. P. 67, 1, 440.

(6) Douai, 15 février 1882, S. 83, 2, 177.

*a fortiori* de ce que la loi dit des parents ou alliés d'une des parties. S'ils sont reprochables, parce qu'ils sont intéressés comme parents ou alliés, à plus forte raison doit-on déclarer tels ceux qui ont un intérêt personnel au litige. De même, les habitants d'une commune sont reprochables quand le procès concerne les biens sur lesquels ils exercent des droits d'usage (1), tandis que si le procès est relatif à des biens communaux dont ils ne jouissent pas par eux-mêmes, leur intérêt n'est plus assez direct pour motiver leur reproche. Un associé est également reprochable dans la cause de son coassocié si le procès porte sur des biens qui doivent rester dans la masse sociale, car alors il est personnellement intéressé.

Une partie n'est jamais obligée d'invoquer contre un témoin le reproche que la loi admet. Mais si elle veut user de ce droit, elle doit proposer le reproche par elle-même ou par son avoué au juge-commissaire et avant la déposition du témoin (art. 270 C. pr.). La partie contre laquelle l'enquête a été ordonnée par défaut et qui a été assignée à l'enquête peut y venir et reprocher des témoins, sans avoir constitué avoué; mais elle devra, ensuite, constituer avoué pour plaider sur les reproches.

En l'absence de la partie, l'avoué n'a pas besoin d'un pouvoir spécial pour proposer le reproche; l'article 270 du Code de procédure ne l'exige pas, à la différence de l'ordonnance de 1667. D'un autre côté, c'est l'adversaire seulement qui peut soulever des reproches : la partie qui a cité le témoin est censée avoir renoncé aux causes de reproches qui peuvent être invoquées contre lui; elle serait, cependant, autorisée à proposer ceux qui ne seraient survenus que depuis la citation.

Après la déposition des témoins, aucun reproche n'est plus admis, à moins qu'il ne soit justifié par écrit (art. 282 C. pr.). La raison de cet article est facile à comprendre : il ne faut pas que ce soit la déposition même qui provoque le reproche; cependant, si le reproche est justifié par écrit, il peut être présenté après la déposition, parce qu'alors la preuve ne soulève aucune difficulté.

Il aurait mieux valu, cependant, ne pas admettre cette disposition, car il dépend de la partie qui a une preuve par écrit de tenir en réserve la cause du reproche et de la faire valoir ou non, suivant ce qu'aura dit le témoin.

Le reproche est présenté par la partie devant le juge-commissaire, mais celui-ci, on s'en souvient, n'a pas le pouvoir de décider si le reproche est bien ou mal fondé. Il se borne à constater, sur son procès-verbal, l'existence du reproche et reçoit, néanmoins, la déposition du témoin qui, plus tard, sera ou non lue à l'audience, suivant que le tribunal repoussera ou admettra le reproche (art. 284 C. pr.).

La partie qui a reproché un témoin devant le juge-commissaire doit, bien entendu, reproduire ses objections devant le tribunal, mais il n'est pas nécessaire qu'elle prenne en ce sens des conclusions formelles, car le tribunal peut se regarder comme saisi de cet incident par le procès-verbal de l'enquête. Toutefois, si la partie laissait lire à l'audience la déposition du témoin, sans reproduire son reproche sous une forme quelconque, elle pourrait être

(1) Req., 21 juillet 1880, D. P. 81, 1, 201; Orléans, 20 mars 1889, D. P. 90, 2, 222; civ. cass., 1er juillet 1890, D. P. 90, 2, 355.

considérée comme ayant abandonné ce moyen, à moins qu'elle n'ait pris des conclusions formelles (1).

Le tribunal statue sommairement sur les reproches (art. 287 C. pr.) et préalablement, c'est-à-dire avant de juger le fond de la cause, à moins cependant que le fond ne soit en état, ce qui suppose que les parties ont conclu à la fois sur les reproches et sur le fond. Dans ce cas, il peut être prononcé sur le tout par un seul et même jugement (art. 288 C. pr.)(2). Lorsque le reproche est fondé par écrit ou lorsqu'en sens inverse il est manifestement mal fondé, ou encore si la déposition du témoin reproché est inutile, parce que la preuve résulte des autres, alors il n'y a lieu à aucune procédure particulière et ce point est immédiatement réglé. Mais il peut arriver que la preuve du reproche ne puisse être faite que par témoins et, dans ce cas, le reproche, après avoir été proposé avant la déposition du témoin, doit maintenant être prouvé devant le tribunal au moyen d'une seconde enquête.

Cette enquête sur le reproche présente deux particularités (art. 289 et 290 C. pr.) : elle est nécessairement sommaire ; les témoins entendus dans cette enquête sommaire ne peuvent eux-mêmes être reprochés qu'autant que les reproches proposés sont justifiés par écrit. C'est qu'en effet, si ces témoins pouvaient être reprochés par témoins, ce serait alors une troisième enquête qui s'ouvrirait et rien ne dit qu'il n'en arriverait pas une quatrième, une cinquième ; il ne faut pas oublier que cette nouvelle enquête faite sommairement implique contre-enquête (art. 290 C. pr.).

Quand un témoin a été mal à propos reproché, le tribunal le déclare par jugement et sa déposition est lue. Le témoin peut demander et obtenir des dommages-intérêts à raison des reproches mal fondés, s'ils étaient de nature à lui nuire ou à porter atteinte à son honneur ; mais bien que ce témoin obtienne des dommages-intérêts, on lit cependant sa déposition (3).

Si le reproche est admis, la déposition du témoin n'est pas lue (art. 291 C. pr.). C'est encore là un des inconvénients de l'enquête écrite : si cette enquête avait lieu à l'audience, on ne recevrait pas la déposition du témoin reproché, tandis que le juge-commissaire, ne statuant pas sur le reproche, est bien obligé d'accepter provisoirement la déposition. Il en résulte que si plus tard le reproche est admis, on a perdu du temps et fait des frais inutiles pour entendre ce témoin. En outre, le juge-commissaire ayant reçu cette déposition, il est bien difficile qu'il n'en conserve pas la moindre impression pour le jugement de l'affaire ; enfin, en fait, le tribunal pourra toujours, ne serait-ce que par inadvertance, prendre connaissance de la déposition du témoin reproché, s'il ordonne le dépôt des pièces sur le bureau ; seulement, si dans les motifs du jugement le tribunal se basait sur cette déposition, la violation de la loi serait flagrante et le jugement devrait être réformé en appel ou annulé en cassation, suivant qu'il serait en premier ou en dernier ressort.

Dans notre ancien droit, certains parlements, notamment celui de Tou-

(1) Civ. rej., 24 novembre 1880, D. P. 82, 1, 120 ; req., 22 février 1882, D. P. 82, 1, 120 ; cpr. civ. cass., 16 novembre 1868, D. P. 68, 1, 478.

(2) Civ. cass., 16 novembre 1868, D. P. 68, 1, 478 ; civ. rej. 11 mars 1874, D. P. 74, 1, 340.

(3) *Nec obst.* les art. 305 et 390 qui sont relatifs aux récusations d'experts ou de juges.

louse, admettaient que la déposition d'un témoin reproché valait cependant, mais seulement pour un huitième, un quart ou même une autre fraction de déposition. Ce système était une conséquence du régime des preuves légales où les témoignages se comptaient au lieu d'être pesés. Il n'en saurait plus être question sous le régime de la preuve par l'intime conviction. Il y a plus : il faudrait supprimer toute cette théorie surannée des reproches et admettre comme témoins les personnes aujourd'hui reprochables. Le juge, se déterminant par ses impressions personnelles, ne manquerait jamais de tenir compte des circonstances qui peuvent affaiblir la valeur d'un témoignage.

Après avoir parlé des indignes, des incapables et des reprochables, il faut dire deux mots d'une quatrième catégorie de personnes, des mineurs de moins de quinze ans révolus. L'article 285 du Code de procédure nous dit qu'ils peuvent être entendus, sauf à avoir à leurs dépositions tel égard que de raison. Cette disposition pouvait s'expliquer dans notre ancien droit, sous le régime des preuves légales où deux témoins faisaient preuve, quelle que fût la conviction du juge : elle signifiait que le mineur de quinze ans ne comptait pas pour un témoin et que le juge avait pleine liberté pour apprécier sa déposition. Mais aujourd'hui cette liberté est la conséquence du système des preuves par l'intime conviction, et la disposition de notre article, portant que le juge aura tel égard que de raison des dépositions des mineurs de quinze ans, est superflue, par cela même qu'elle est vraie de toutes les dépositions.

Notre article a fait naître la question de savoir si les mineurs de moins de quinze ans doivent, comme les autres témoins, prêter serment avant d'être entendus. Pour l'affirmative, on dit qu'aucun texte ne les dispense de cette formalité ; sans doute l'article 79 du Code d'instruction criminelle supprime pour les mineurs le serment en justice répressive, mais il doit se restreindre aux matières pénales. D'autres veulent que le mineur prête serment sans que, cependant, l'omission de cette formalité entraîne nullité de sa déposition, solution manifestement arbitraire. Il vaut mieux décider que si l'article 79 du Code d'instruction criminelle dispense du serment les mineurs de quinze ans, il doit, par *a fortiori*, en être de même dans les affaires civiles qui sont beaucoup moins graves. Il va sans dire que si l'enfant n'avait pas l'âge qui permet de lui supposer du discernement, il ne faudrait pas l'entendre ; cette question doit être abandonnée à la sagesse du tribunal.

F. *De la nullité totale ou partielle de l'enquête* (art. 292 à 294 C. pr.). — Nous avons vu combien sont fréquentes les causes de nullité de tout ou partie de l'enquête et c'est encore là, très souvent, une conséquence de ce qu'elle est secrète et écrite ; si l'enquête se faisait à l'audience, les formalités seraient moins nombreuses et, par cela même aussi, les chances de nullité. La nullité de l'enquête peut être tantôt totale, tantôt partielle et elle résulte soit de la faute du juge-commissaire, soit de la faute de la partie, c'est-à-dire de son avoué ou de son huissier. Il peut même arriver parfois que l'enquête soit nulle par la faute du tribunal tout entier, notamment s'il a fait une enquête ordinaire à l'audience ou s'il a ordonné une enquête sommaire

devant un juge-commissaire (1). Dans ces deux derniers cas, la nullité s'impose, quoiqu'elle ne soit pas écrite dans la loi, parce qu'il s'agit de l'omission d'une formalité substantielle, et l'enquête sera recommencée aux frais du tribunal entier (arg. art. 292 C. pr.).

A un autre point de vue, il faut remarquer que la nullité peut aussi avoir été commise, soit vis-à-vis de tous les adversaires, par exemple de tous les cohéritiers en cause, auxquels on a omis de donner copie de la liste des témoins, soit seulement vis-à-vis d'un seul ou de quelques-uns d'entre eux; dans ce dernier cas, l'enquête reste debout vis-à-vis des autres ou tombe à l'égard de tous, suivant que l'affaire est divisible ou indivisible (2).

Il est très important de savoir si une enquête est nulle en totalité ou en partie et par la faute de qui. Ainsi l'enquête tout entière sera nulle par la faute du juge-commissaire : s'il a omis de faire prêter serment à tous les témoins (art. 262 C. pr.); s'il n'a pas daté son procès-verbal; s'il n'a pas exigé la représentation des assignations (art. 269 C. pr.); si le juge n'a pas signé son procès-verbal, ni aucun des témoins (art. 274 C. pr.); si le juge n'a donné lecture des dépositions à aucun témoin; si le juge requis en temps utile a fixé l'audition du premier témoin après le délai légal pour commencer l'enquête (art. 257 C. pr.). Le juge a-t-il omis de faire prêter serment à un ou plusieurs témoins seulement ou de leur donner lecture de leurs dépositions, alors il n'y a plus que nullité partielle. De la part de la partie, c'est-à-dire de son avoué ou de son huissier, l'enquête sera nulle pour le tout et par sa faute : s'il ne l'a pas fait commencer dans le délai de la loi (art. 257 C. pr.); s'il n'a fait assigner aucun des témoins (art. 260 C. pr.); s'il n'a pas fait assigner son adversaire (art. 261 C. pr.). Si l'un ou quelques-uns des témoins n'ont pas été assignés et ont cependant déposé, l'enquête n'est nulle que par partie, et par la faute des plaideurs.

Pour le cas où, à une déposition, des additions ou changements auraient été faits et qui seraient entachés de nullité, par exemple pour n'avoir pas été signés, faut-il annuler seulement les additions et changements ou faire tomber la déposition en entier? On doit annuler le tout si les additions et changements ont pour effet de modifier la déposition; il serait absurde d'annuler l'addition sans la déposition, car le tribunal se trouverait exposé à juger sur un témoignage incomplet, peut-être inexact.

Lorsque la nullité de l'enquête est d'intérêt privé, elle peut être couverte par la partie, par exemple par la signification du procès-verbal sans réserves. De son côté la partie qui s'aperçoit de la nullité de son enquête, peut en demander la prorogation dans le seul but d'en couvrir les vices et, par exemple, pour réassigner les témoins qui n'ont pas été régulièrement convoqués, mais seulement bien entendu si elle est encore dans les délais pour le faire. Lorsque la nullité de l'enquête est d'ordre public, elle ne peut pas être couverte et le tribunal a le droit et même le devoir de prononcer la nullité d'office. C'est ce qui a lieu, par exemple, si le jugement interlocutoire ordonnant l'enquête manque d'une condition substantielle, ou bien encore si le juge-commissaire

(1) Req., 14 décembre 1881, S. 82, 1, 265; req., 30 mars 1885, S. 86, 1, 215; Besançon, 24 décembre 1890, D. P. 92, 2, 147; civ. cass., 5 mars 1895, D. P. 95, 1, 238.

(2) Rennes, 9 avril 1851, D. P. 52, 2, 234; Riom, 15 janvier 1840, S. 40, 2, 153.

a procédé hors des limites de sa juridiction territoriale, ou bien enfin si l'enquête ordinaire a eu lieu à l'audience. La nullité résultant de l'audition d'un incapable ou du serment d'un indigne est aussi d'ordre public, mais elle n'atteint que la déposition de cet incapable ou de cet indigne.

Il va sans dire que l'enquête et la contre-enquête étant tout à fait indépendantes l'une de l'autre, la nullité de la contre-enquête reste sans effet sur l'enquête, mais la nullité de l'enquête rendrait la contre-enquête sans objet.

Lorsque l'enquête est nulle par la faute du juge-commissaire, en totalité ou en partie, on la recommence en totalité ou en partie aux frais de ce juge (art. 292 et 294 C. pr.). Si la nullité provenait de la faute du greffier, l'enquête serait encore recommencée aux frais du juge-commissaire, car ce magistrat répond de son greffier et il accepte cette responsabilité en apposant sa signature sur le procès-verbal (1). Dans le cas de dol, de la part du greffier, pour tromper le juge-commissaire, l'enquête serait encore recommencée aux frais de ce magistrat, sauf son recours contre le greffier. Ces dispositions sont fondées sur ce principe qu'une partie ne doit pas souffrir de l'erreur ou de la faute du juge qu'elle n'a pas choisi. Les mots «sera recommencée» de l'article 292 du Code de procédure sont impératifs, en ce sens que, si le tribunal ordonne la nouvelle enquête ou la nouvelle audition, elle doit avoir lieu aux frais du juge-commissaire; mais la loi n'a pas voulu dire que le tribunal serait toujours obligé d'ordonner cette nouvelle enquête ou audition. Si de nouvelles découvertes recueillies en dehors de l'enquête suffisent pour le fixer, il peut juger en l'état, comme il aurait eu le droit de statuer dès le début, s'il avait estimé qu'il était inutile d'ordonner une enquête. La partie peut faire entendre les mêmes témoins que la première fois, mais elle n'a pas le droit d'en assigner de nouveaux, car c'est bien l'enquête déjà faite qui recommence et non pas une nouvelle qui s'ouvre. De même, si l'enquête n'est reprise qu'à raison de la nullité d'un ou de quelques-uns des témoignages, on n'entend que les témoins dont les dépositions sont nulles. D'ailleurs, le juge ne doit réparer que le préjudice causé et sa responsabilité deviendrait excessive si la partie avait le droit d'augmenter le nombre des témoins. Les parties pourraient cependant, si elles étaient d'accord, introduire de nouveaux témoins, à la condition de ne pas mettre les frais de leurs dépositions à la charge du juge. Si quelques-uns des anciens témoins étaient décédés ou se trouvaient dans l'impossibilité de déposer de nouveau, les juges auraient alors tel égard que de raison aux dépositions qu'ils ont faites dans la première enquête (art. 292 C. pr.).

D'après un édit de mai 1583, la nouvelle enquête devait être faite par un autre commissaire. Cette disposition n'a pas été reproduite; le premier juge-commissaire peut donc être commis de nouveau, mais il sera plus prudent de procéder autrement. Certains auteurs pensent que quand le même juge est nommé une seconde fois pour l'enquête, il peut y avoir lieu à récusation basée sur ce que la responsabilité première, prononcée contre le juge, doit

(1) *Contra* trib. de Cosne, 30 juin 1886, D. P. 89, 1, 73; req., 18 janvier 1887, D. P. 89, 1, 73.

être assimilée à un procès entre ce juge et la partie qui a fait déclarer la nullité. Il nous paraît difficile de raisonner par voie d'analogie en pareille matière.

Nous arrivons à l'enquête nulle par la faute de la partie, de l'avoué ou de l'huissier. La loi (art. 293 C. pr.) ne veut pas que l'enquête, nulle par la faute de la partie, soit recommencée, parce qu'elle voit la preuve testimoniale avec méfiance et craint que si l'enquête pouvait être recommencée, les parties n'introduisent à dessein des nullités pour gagner du temps et suborner leurs témoins. L'enquête ne peut donc pas être recommencée, même si l'on se trouve encore dans les délais fixés par l'article 257 du Code de procédure. Mais quand l'enquête est nulle par la faute de l'avoué (ou de l'huissier), la partie a le droit d'en répéter les frais contre son avoué et peut même obtenir des dommages-intérêts; à cet effet, la partie jouit d'une action en garantie qui peut être jointe au procès déjà engagé. La fixation des dommages-intérêts sera souvent fort délicate, car elle dépendra de la question de savoir si la partie avait d'autres preuves à sa disposition ou non et quelles étaient ses chances de succès.

On admet très généralemeut que, par exception, l'enquête sera recommencée, quoique nulle par la faute de la partie ou de son représentant, toutes les fois que l'ordre public est intéressé, par exemple en matière de divorce ou de séparation de corps, parce qu'autrement on pourrait tourner des lois d'ordre public et notamment celles qui n'autorisent le divorce ou la séparation de corps que pour des causes déterminées (1).

Ne faut-il pas aller plus loin et reconnaître que toujours, en toute matière, le juge peut d'office, et en invoquant l'article 254 du Code de procédure, ordonner une nouvelle enquête après l'enquête annulée par la faute de la partie? Certains auteurs décident, et des arrêts admettent, que l'enquête étant nulle par la faute de la partie, le tribunal n'en peut pas ordonner une seconde. On se fonde sur les termes de l'article 254 du Code de procédure qui, après avoir donné au tribunal le droit d'ordonner l'enquête d'office, ajoute : « Si la loi ne le défend pas. » Or, précisément, dit-on, l'article 295 contient cette défense. On ajoute que le même article 295 ne devrait pas autoriser, dans tous les cas, l'action de la partie contre un officier ministériel; si l'enquête pouvait être recommencée d'office, cette action n'existerait pas en pareil cas, et cependant la loi ne fait aucune distinction, précisément parce qu'elle n'entend pas reconnaître au tribunal le droit d'ordonner une nouvelle enquête. Ne serait-ce pas aussi permettre au tribunal de tourner, au profit d'une partie, la prohibition de la loi (2)?

Cependant, l'opinion contraire l'emporte aujourd'hui dans la jurisprudence,

(1) La Cour de Rouen, par arrêt du 11 août 1871 (D. P. 72, 5, 175), a jugé cependant que l'article 293 du Code de procédure est absolu et ne comporte aucune exception, et que l'enquête ne peut jamais être recommencée, même dans les matières intéressant l'ordre public, comme par exemple s'il s'agit d'une séparation de corps, sauf au tribunal à ordonner d'office une nouvelle enquête.

(2) Besançon, 3 décembre 1863, D. P. 63, 2, 217; Toulouse, 17 août 1865, D. P. 68 1, 63; Chambéry, 4 décembre 1874, D. P. 75, 2, 96; Paris, 10 février 1883, D. P. 84, 2, 26. Voy. encore d'autres arrêts dans le *Code de procédure civile annoté*, sous l'art. 254, n° 8, et sous l'art. 293, n° 16.

où l'on décide avec plus de raison, selon nous, que l'article 293, en interdisant de recommencer l'enquête nulle par la faute de l'avoué ou de l'huissier, n'apporte aucune restriction à l'article 254 du Code de procédure qui permet d'une manière absolue aux juges d'ordonner une enquête d'office. Lorsque la loi dit que l'enquête, nulle par la faute de la partie, ne pourra pas être recommencée, elle n'a en vue que l'enquête qui seraient demandée par une partie. Telle était déjà la solution adoptée par nos anciens auteurs, et rien n'indique que le Code ait entendu s'en écarter. La loi ne veut pas que l'enquête, nulle par la faute de l'officier ministériel, soit recommencée à la demande de la partie, pour éviter toute collusion frauduleuse entre le client et son représentant, à l'effet d'arriver à des subornations de témoins; mais des abus de cette nature ne sont pas à craindre de la part d'un tribunal qui ordonne une enquête d'office (1).

La loi permettant aux juges de recourir aux simples présomptions de l'homme dans tous les cas où la preuve testimoniale est admise, on en conclut assez généralement que les témoignages recueillis dans une enquête nulle peuvent être acceptés comme de simples indices, à la condition que le jugement ait soin d'indiquer qu'on les a reçus à ce titre et sans, par conséquent, leur attribuer l'autorité d'une preuve testimoniale régulièrement faite (2). Par la même raison, le juge peut tenir compte des énonciations d'une enquête ou d'une contre-enquête faite dans une autre instance devant un autre tribunal et entre d'autres parties (3).

Il peut arriver que l'enquête soit nulle à la fois par la faute de la partie, de son avoué ou de son huissier, et par la faute du juge-commissaire : sera-t-elle alors recommencée aux frais du juge? C'est une affaire de date. Si la nullité commise par le juge est la plus ancienne, on recommence l'enquête, car cette nullité faite par le juge a déjà infirmé l'enquête, et la nullité qui pourra provenir ensuite du fait de la partie ou de son officier ministériel ne saurait modifier l'effet déjà produit. En sens inverse, si la première nullité a été commise par la partie ou son représentant, l'enquête ne sera pas recommencée, malgré la nullité qui provient ensuite du fait du juge-commissaire.

Parfois, le jugement ordonnant l'enquête et le jugement sur le fond ayant été tous deux attaqués et confirmés en appel, il y a ensuite pourvoi en cassation seulement contre l'arrêt confirmatif du jugement d'enquête, et la Cour suprême casse cet arrêt. L'arrêt sur le fond, quoique non attaqué, tombera-t-il par voie de conséquence? Pour trancher la question, il faut rechercher si cet arrêt était ou non fondé sur l'enquête; dans le premier cas il tombera et dans le second cas il restera debout.

G. *Fin de l'enquête ordinaire.* — Une fois l'enquête terminée, la partie la plus diligente peut signifier à son adversaire les procès-verbaux de l'enquête

(1) Voy. les nombreux arrêts relevés au *Code de procédure civile annoté* sous l'art. 254, n° 6, et *Suppl.* à ce code, nos 3546 et suiv.; Angers, 29 mai 1879, S. 79, 1, 252; Cass., 18 février 1885, D. P. 85, 1, 249 et ma note sous cet arrêt; req., 18 janvier 1887, D. P. 89, 1, 73.

(2) Civ. cass., 26 juin 1889, D. P. 90, 1, 135. Voy. cependant des arrêts en sens contraire dans *Code de procédure civile annoté* sous l'art. 294, nos 30 et 31.

(3) Req., 19 juillet 1876, S. 77, 1, 147.

et de la contre-enquête; si elle le préfère, elle ne signifiera que ce qui a été fait à sa requête, soit le procès-verbal d'enquête, soit le procès-verbal de contre-enquête. Dans certains tribunaux, le demandeur à l'enquête signifie le procès-verbal d'enquête et le défendeur le procès-verbal de contre-enquête. L'article 286 du Code de procédure est assez large pour permettre de considérer ces divers procédés comme réguliers; mais dans le cas où la partie la plus diligente signifie à la fois le procès-verbal d'enquête et celui de contre-enquête, elle doit avoir bien soin de se réserver le droit de faire valoir les nullités qui ont pu être commises par l'autre partie. Un plaideur ou même tous deux peuvent renoncer à l'enquête qui a eu lieu, par exemple s'ils estiment qu'elle n'a donné aucun résultat et alors ils s'abstiennent de lever et de signifier les procès-verbaux d'enquête et de contre-enquête, et l'audience est poursuivie par un simple avenir pour plaider sur le fond (1). Mais même dans ce cas, le tribunal peut se faire communiquer par le greffier la minute des procès-verbaux d'enquête et de contre-enquête, soit que l'ordre public se trouve intéressé, soit dans tout autre cas, par *a fortiori* du droit qui lui appartient d'ordonner une enquête d'office; il en usera, parce que, dans le cas où la preuve testimoniale est ouverte, les juges peuvent aussi se déterminer par de simples présomptions de fait.

Lorsqu'au contraire les parties veulent utiliser l'enquête, la plus diligente signifie les procès-verbaux et donne avenir à son adversaire pour plaider sur les résultats de l'enquête. Si le défendeur a fait défaut faute de comparaître, il faut alors lui signifier le procès-verbal d'enquête et l'assigner par exploit d'huissier.

A l'audience on plaide d'abord, s'il y a lieu, sur la nullité totale ou partielle de l'enquête, puis sur les reproches qui ont pu être proposés devant le juge-commissaire, et enfin sur les résultats des dépositions. C'est ici le lieu de rappeler en deux mots que les juges apprécient les témoignages d'après leur intime conviction, à la différence de ce qui se passait autrefois sous le système des preuves légales, et que le jugement interlocutoire ne lie pas le juge, tout au moins sur le point de fait.

H. *De l'enquête sommaire* (art. 407 à 414 C. pr.). — L'usage de faire entendre les témoins à l'audience existait déjà autrefois dans les tribunaux consulaires qui se sont toujours, par ce procédé, dégagés des formes de la procédure civile. L'ordonnance de 1667 (tit. XVII, art. 8) admit aussi les enquêtes orales à l'audience pour les affaires civiles sommaires, malgré les réclamations de Lamoignon qui, obéissant contre son habitude à l'esprit de tradition, préférait l'enquête écrite. Mais l'ordonnance ajoutait que les cours souveraines et les présidiaux pourraient aussi, en matière sommaire, faire entendre les témoins au greffe, devant un conseiller, au lieu de les appeler à l'audience, et les autres tribunaux s'arrogèrent le même droit ; il en résulta qu'en fait les témoins ne furent jamais entendus à l'audience.

Aujourd'hui, la loi est impérative et ne peut plus être tournée; tandis que l'enquête ordinaire est écrite et secrète, l'enquête sommaire est orale et a

(1) A Paris et dans un certain nombre d'autres tribunaux, l'affaire revient devant le tribunal sans nouvel avenir.

lieu en public devant le tribunal. Il y aurait nullité pour violation d'une formalité substantielle et d'ordre public, si l'enquête sommaire était faite devant un juge-commissaire (1), de même que si l'enquête ordinaire avait lieu devant le tribunal. On a plusieurs fois jugé que la nullité serait couverte par le fait du défendeur d'assister à l'enquête, mais ces décisions impliquent alors que la loi prescrivant l'enquête sommaire à l'audience n'est pas d'ordre public (2). Toutefois, lorsque le tribunal, en matière sommaire, délègue le juge d'un autre tribunal, l'enquête se fait alors dans la forme ordinaire. On décide même que le tribunal ne pourrait pas charger un autre tribunal tout entier de procéder à l'enquête : l'article 1035 ne permet de déléguer un tribunal tout entier que si la matière exige l'exercice de la juridiction, comme par exemple s'il s'agit de recevoir un serment ou une caution, ou de nommer des experts. L'article 412 semble bien dire cependant le contraire ; ce qui est certain et évident, c'est qu'en cas de commission rogatoire, que l'enquête soit faite par un juge ou par tout le tribunal, il faut toujours en dresser procès-verbal pour que le tribunal délégant puisse en avoir connaissance.

Nous avons vu que, dans l'enquête ordinaire, les faits doivent être articulés à l'avance, avec sommation de les reconnaître ou de les dénier dans les trois jours ; dans l'enquête sommaire, il suffit de les articuler à l'audience et de les consigner dans l'acte de conclusion (art. 407 C. pr.).

Le jour de l'audition des témoins est fixé par l'ordonnance du juge commissaire dans l'enquête ordinaire, et par le jugement du tribunal dans l'enquête sommaire (3). Les délais rigoureux pour commencer et terminer l'enquête ordinaire ne s'appliquent pas en matière sommaire, où la loi ne fixe aucun délai ni aux juges ni aux parties et, ici, commencer l'enquête n'est plus une fiction, mais une réalité ; en d'autres termes, c'est entendre le premier témoin. Les témoins sont assignés, comme dans l'enquête ordinaire, au moins un jour avant leur audition, plus augmentation à raison des distances (art. 408 C. pr.). Il faut aussi leur donner copie du dispositif du jugement qui fait connaître les faits sur lesquels ils sont interrogés.

Mais l'assignation à l'adversaire d'être présent, nécessaire en matière ordinaire, n'est pas imposée en matière sommaire : en se référant à l'article 261, l'article 414 du Code de procédure n'a en vue que les dispositions de cet article relatives aux témoins. Certains auteurs prétendent même qu'il n'y a pas lieu, comme en matière ordinaire, de signifier à l'avoué de l'adversaire le jugement qui ordonne l'enquête, sous prétexte que l'article 413 du Code de procédure n'indique pas non plus cette formalité parmi celles qui sont communes aux deux sortes d'enquête. Mais nous répéterons précisément que l'article 413 du Code de procédure, visant uniquement les dispositions relatives aux témoins, n'avait pas à résoudre cette question et, dans le silence de la loi, il faut appliquer le droit commun de l'article 147 du Code

(1) Civ. cass., 1er décembre 1880, D. P. 81, 1, 121 ; civ. cass., 16 janvier 1884, D. P. 84, 5, 213 ; civ. rej., 2 février 1885, D. P. 85, 1, 439 ; civ. cass., 13 avril 1886, D. P. 86, 5, 192.

(2) Civ. rej., 2 février 1885, D. P. 85, 1, 439 ; cpr. req., 30 mars 1883, D. P. 86, 1, 211.

(3) Civ. cass., 25 avril 1876, D. P. 76, 1, 256.

de procédure, qui impose la signification à avoué de tout jugement préparatoire ou interlocutoire (1).

Les restrictions apportées au droit des parties, relativement aux prorogations, ne concernent pas les enquêtes sommaires. Chaque partie peut demander prorogation à une époque quelconque et peut même obtenir plusieurs prorogations successives, à moins que dans un jugement ordonnant l'enquête le tribunal n'ait limité l'un ou l'autre de ces droits (2).

Le jugement admettant une prorogation d'enquête est manifestement préparatoire; on ne peut donc en appeler qu'autant que le jugement sur le fond a été rendu et à la condition d'appeler en même temps de ce jugement sur le fond (3).

Nous avons vu qu'il doit toujours être dressé procès-verbal de l'enquête ordinaire. Pour l'enquête sommaire la loi établit une distinction. Si l'affaire n'est pas susceptible d'appel, il n'est pas dressé procès-verbal de l'enquête et on fait seulement mention dans le jugement des noms des témoins et du résultat de leurs dépositions; mais il semble bien que ces dispositions soient substantielles et, par cela même, à peine de nullité (4). Si au contraire l'affaire est susceptible d'appel, la loi veut qu'il soit dressé procès-verbal de l'enquête sommaire. Cette disposition est très sage. Si ce procès-verbal n'avait pas été dressé en première instance, et s'il y avait appel, la Cour pourrait être obligée de recommencer l'enquête, tandis que, grâce à la disposition de l'article 411 du Code de procédure, elle peut se servir de l'enquête faite en première instance. Le procès-verbal d'enquête contient :

1° Mention du serment des témoins. Ceux-ci doivent, en effet, prêter serment dans les enquêtes sommaires comme dans les enquêtes ordinaires, et on a maintes fois jugé que l'omission de cette formalité ou de sa mention dans le procès-verbal entraînerait nullité de la déposition du témoin (5).

2° Déclaration des témoins, s'ils sont parents, alliés, serviteurs ou domestiques des parties. Mais on admet que cette formalité est purement secondaire et que dans le silence de la loi il n'y a pas nullité si elle n'a pas été remplie (6).

3° Les reproches qui ont pu être formés contre certains témoins. Plusieurs auteurs estiment que le témoin reproché doit, en matière sommaire comme en matière ordinaire, être entendu dans sa déposition, sauf au tribunal à n'en pas tenir compte ensuite s'il estime que le reproche est bien fondé. On admet cette solution surtout pour le cas où l'affaire est susceptible d'appel,

(1) En sens contraire, Bordeaux, 11 février 1859, *Jur. gén.*, *Suppl.*, v° *Enquête*, n° 276.
(2) Voy. *Jur. gén.*, *Suppl.*, v° *Enquête*, n° 295, et Gand, 9 avril 1887, D. P. 89, 2, 86.
(3) Bourges, 8 juin 1887, D. P. 88, 2, 195.
(4) Voy. cependant, en sens contraire, req., 14 décembre 1881, D. P. 82, 1, 184. Rien n'empêche en tous cas le tribunal, et il le fait fréquemment sans y être obligé, de faire dresser un procès-verbal, qui en ce cas fait foi des constatations qu'il contient. Req., 29 mai 1894, D. P. 94, 1, 155.
(5) Civ. cass., 25 avril 1876, D. P. 77, 1, 30; civ. cass., 1er avril 1879, D. P. 79, 1, 183; req., 11 juin 1884, D. P. 84, 1, 320; civ. cass., 10 mars 1886, S. 86, 1, 159; civ. cass., 3 mai 1887, D. P. 87, 1, 491; civ. cass., 10 mai 1887, D. P. 87, 1, 492; civ. cass., 26 juin 1889, D. P. 90, 1, 135.
(6) Req., 14 décembre 1881, D. P. 82, 1, 184.

sous prétexte que si, dans ces circonstances, la décision des premiers juges sur le reproche était réformée, il faudrait ouvrir une nouvelle enquête dans le cas où le témoin n'aurait pas été entendu. A notre avis cependant, les motifs pour lesquels le témoin reproché est entendu devant le juge-commissaire disparaissent ici, et l'éventualité d'un appel ne saurait obliger à décider que le tribunal entendra le témoin reproché, sauf à oublier ensuite sa déposition ; c'est là une solution un peu puérile et d'une application difficile. Il vaut donc mieux dire qu'en matière sommaire, si le tribunal admet le reproche, il n'entend pas le témoin (1).

4° Le résultat des dépositions des témoins. Il faut bien s'entendre sur le sens de cette dernière disposition de l'article 411 du Code de procédure. Au premier abord, on serait porté à croire qu'il s'agit d'un simple résumé de l'enquête. Mais l'article 411 du Code de procédure est sur ce point complété et expliqué par les articles 39 et 432 du Code de procédure qui exigent un procès-verbal intégral dressé au fur et à mesure de l'audition de chaque témoin devant le juge de paix, ou devant le tribunal de commerce.

Les dispositions communes aux enquêtes sommaires et aux enquêtes ordinaires relatives aux témoins sont celles qui concernent : la copie aux témoins du dispositif du jugement par lequel ils sont appelés ; la copie à la partie adverse des noms des témoins ; l'amende et les peines contre les témoins défaillants ; les indignités ; les incapacités pour cause de parenté ou alliance ; les reproches ; la manière de les juger ; les interpellations aux témoins ; la taxe ; le nombre des témoins qui entrent en taxe ; la faculté d'entendre les individus âgés de moins de quinze ans révolus (art. 413 C. pr.) (2).

Relevons en terminant que si, dans les affaires sommaires, l'enquête est elle-même soumise à une procédure sommaire, c'est là une particularité propre à cet incident ; les autres incidents relatifs à la preuve, vérification d'écritures, faux incident, descente sur lieux, expertise, interrogatoire sur faits et articles, comparution personnelle, serment, sont soumis à la même procédure dans les affaires sommaires que dans les affaires ordinaires, sauf que pour quelques-uns de ces incidents, les expertises et les interrogatoires sur faits et articles, les émoluments alloués aux avoués comportent des réductions (art. 67 du tarif civil).

### § 86. — **Descente sur lieux** (art. 295 à 302 C. pr.).

La descente sur lieux, appelée aussi accès sur les lieux, est le transport d'un juge assisté du greffier sur les lieux contentieux, dans le but de les examiner et de constater leur état par un procès-verbal. Ce moyen de preuve est important, surtout en matière de servitude ou de possession, de clôture de propriété immobilière, de cours d'eau ; mais les rédacteurs du Code civil, ayant à tort placé la théorie des preuves au titre des obligations, n'ont pas eu occasion de s'en occuper.

La descente sur lieux peut être demandée par les parties ou ordonnée

(1) Civ. cass., 24 janvier 1853, D. P. 53, 1, 31 ; par analogie, req., 30 décembre 1874, *Jur. gén.*, *Suppl.*, v° *Enquête*, note, p. 141.

(2) Ajouter les causes d'indignité.

d'office par le tribunal. Mais le tribunal ne peut pas la prescrire d'office dans les cas où la loi décide qu'il sera fait un simple rapport d'expert, comme par exemple en cas de demande en rescision d'une vente d'immeubles pour cause de lésion de plus des sept douzièmes (art. 1678 C. civ.); dans ces dernières circonstances, le tribunal ne peut ordonner une descente sur lieux qu'autant qu'elle est demandée par la partie, mais il est bien entendu que, dans tous les cas de demande d'une partie, que la loi prescrive ou non un rapport d'expert, le tribunal jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour accueillir ou rejeter cette demande. Enfin, il va sans dire que la descente sur lieux peut être ordonnée par défaut, soit à la demande de celui qui comparaît, soit même d'office s'il n'y a pas lieu à rapport d'expert; ce n'est qu'une application du principe que les conclusions du demandeur ne lui sont adjugées qu'autant qu'elles sont justes et bien vérifiées (art. 150 C. civ.). La défense adressée aux tribunaux d'arrondissement d'ordonner une descente sur lieux dans les cas où la loi prescrit une expertise a été empruntée, bien à tort d'ailleurs, à l'ordonnance de 1667. Cette ordonnance portait même que si la descente sur lieux était ordonnée en pareil cas, ce serait « à peine de nullité, de restitution de ce que les juges avaient reçu pour leurs vacations et de tous dommages-intérêts ». Cette prohibition était motivée sur ce que les juges ayant droit à des épices, on craignait qu'ils ne fussent enclins à ordonner de nombreuses descentes; ce motif n'existe plus aujourd'hui et, dès lors, les tribunaux devraient avoir le droit d'ordonner des descentes d'office, même dans les cas où la loi prescrit une expertise. Toutefois, l'article 295 du Code de procédure n'ayant pas ajouté à sa prohibition la sanction de la nullité, on doit décider que la descente sur lieux serait valable, même dans le cas où elle aurait été ordonnée d'office alors que la loi prescrit l'expertise, sauf à ne pas mettre à la charge des parties et à laisser à celle du tribunal les frais de cette descente.

Dans notre ancien droit, la partie qui demandait une descente devait en faire la réquisition par écrit (ord. de 1667, tit. XXI, art. 1er), pour que cette réquisition fût bien constatée et qu'on ne pût pas reprocher au juge d'avoir ordonné la descente plutôt dans son intérêt, afin d'augmenter les épices, que dans celui de la justice. Aujourd'hui, il ne peut plus être question d'allouer des honoraires au juge chargé de l'examen des lieux contentieux. Celui-ci est seulement indemnisé de ses frais de transport, séjour, retour et nourriture, ainsi que le greffier qui en prend note. Aussi n'est-il plus nécessaire de requérir la descente par écrit, et on peut, comme cela résulte du silence de l'article 295 du Code de procédure, la demander même oralement à l'audience.

Souvent, il arrive qu'après les plaidoiries et les débats le tribunal entier se transporte spontanément sur les lieux pour les visiter, sans rendre de jugement et sans en prévenir les parties. Ce procédé peut offrir en pratique de sérieux avantages : il surprend la partie intéressée et l'empêche d'apporter aux lieux contentieux des changements qu'elle se serait peut-être permis, si elle avait été prévenue à l'avance de la visite du juge-commissaire. Toutefois, cette visite des lieux étant effectuée en dehors des formes prescrites par la loi, sans jugement préalable et le plus souvent aussi sans procès-verbal, les juges

ne doivent pas, dans les motifs de leur jugement, se fonder sur cette visite; c'est la conséquence de ce principe fondamental, que les preuves ne peuvent se faire que dans les formes autorisées par la loi. La doctrine et la jurisprudence sont aujourd'hui définitivement fixées en ce sens (1). Il a été jugé, il est vrai, que la descente sur lieux n'est pas soumise aux formes des articles 295 et suivants lorsqu'elle a pour objet de vérifier des opérations antérieurement faites par des experts (2). Mais cette solution paraît tout à fait arbitraire, car on ne trouve dans la loi aucune trace d'une pareille distinction.

Une autre question, encore aujourd'hui discutée, est celle de savoir si le tribunal peut décider par son jugement que la descente sera faite en présence des parties, non pas seulement par un juge, mais par le tribunal tout entier. Suivant certains auteurs, le tribunal peut ordonner qu'il se rendra sur les lieux. Sans doute, les articles 295 et 296 du Code de procédure supposent que le tribunal a commis un juge, mais cela n'implique pas défense au tribunal de faire par lui-même la descente. D'autres veulent que la descente soit toujours faite par un juge : la loi a entendu prohiber la descente du tribunal tout entier, comme produisant des frais trop élevés et pouvant, en outre, occasionner une suspension dans le cours de la justice. A notre avis, si le tribunal entier se transportait, il n'y aurait pas nullité, car la loi ne la prononce pas, mais le tarif n'allouant des frais de transport qu'à un seul juge, les autres membres du tribunal n'auraient pas droit à indemnité.

Une autre controverse porte sur le point de savoir si le tribunal peut désigner, sous forme de commission rogatoire, un juge d'un autre tribunal ou un juge de paix pour procéder à la descente sur lieux. On a prétendu que la commission rogatoire n'est pas possible en cette matière, d'abord parce que l'article 1035 ne mentionne pas la descente parmi les opérations qui peuvent être déléguées, et ensuite parce que si le jugement contenait commission rogatoire, il faudrait y donner au juge des indications qui pourraient révéler aux plaideurs le but de cette mesure d'instruction. Ces deux raisons nous paraissent insuffisantes. Sans doute, l'article 1035 du Code de procédure ne mentionne pas en termes exprès la descente sur lieux parce qu'en effet, en cas de commission rogatoire, on ne peut plus dire que le tribunal descende de son siège pour se rendre sur les lieux contentieux, mais l'article 1035 du Code de procédure permet de donner commission rogatoire pour toutes « opérations quelconques » d'instruction, et la descente sur lieux rentre manifestement dans ces termes généraux. Rien n'est plus facile que de

(1) Bastia, 7 février 1855, D. P. 55, 2, 188; Riom, 14 juin 1858, D. P. 58, 2, 192; Toulouse, 16 décembre 1869, D. P. 70, 2, 84; civ. cass., 28 février 1876, S. 76, 1, 152; civ. cass., 25 janvier 1881, S. 81, 1, 196; Toulouse, 9 juin 1884, S. 86, 2, 101 et D. P. 85, 2, 113 et ma note sous cet arrêt; civ. cass., 2 mars 1886, D. P. 86, 1, 358 et 24 novembre 1886, D. P. 87, 1, 159 et ma note sous cet arrêt. On admet très généralement que la présence des parties à la descente officieuse, sans protestation de leur part, couvre la nullité, de sorte que cette descente officieuse peut être mentionnée dans le jugement. Mais la loi qui détermine les formes de la procédure et la preuve ne sont-elles pas d'ordre public? Voy. cependant Grenoble, 23 janvier 1891, D. P. 92, 5, 227; Grenoble, 14 mai 1895, D. P. 96, 2, 17; civ. rej., 24 janvier 1893, D. P. 93, 1, 156.

(2) Toulouse, 9 juin 1884, D. P. 85, 2, 113 et ma note.

donner commission rogatoire, sans renseigner les parties; c'est une pure affaire de tact et d'habileté de la part du tribunal déléguant qui peut toujours, sous forme de lettre ou de rapport ou autrement, compléter le jugement ordonnant la descente sur lieux, pour mieux renseigner le tribunal délégué. Si la commission rogatoire était ici interdite, il pourrait en résulter de très graves inconvénients. Les juges seraient parfois obligés de se déplacer à de grandes distances, ce qui causerait des frais considérables et pourrait suspendre le cours de la justice. Ceux qui n'admettent pas, dans cette matière, la commission rogatoire sont en effet obligés d'en conclure que la descente sur lieux est nécessairement faite par un des juges du tribunal saisi de l'affaire, même dans le cas où les lieux contentieux se trouvent en dehors de l'arrondissement de ce tribunal, comme cela peut se présenter en matière mixte.

On a au contraire soutenu, en sens inverse, qu'en pareil cas la commission rogatoire est obligatoire pour le tribunal, parce qu'en dehors du territoire de son arrondissement il est toujours incompétent, même pour procéder à une mesure d'instruction. Cette solution est fort contestée : s'il est vrai de dire en principe que la compétence du tribunal se limite à un arrondissement, il faut bien reconnaître qu'il en est autrement lorsqu'il s'agit de mesures d'instruction relatives à un procès pour lequel il est compétent; s'il a qualité pour juger ce procès, il a nécessairement aussi pouvoir de l'instruire. Aussi décide-t-on plus généralement que le tribunal peut donner commission rogatoire à l'effet de procéder à la visite des lieux contentieux, mais qu'il n'y est jamais obligé, même si ces lieux se trouvaient en dehors de son arrondissement.

Toutes les fois que le tribunal croit la descente sur lieux nécessaire, il rend un jugement qui l'ordonne, soit d'office, s'il n'y a pas lieu à rapport d'expert, soit sur la demande des parties ou de l'une d'elles. Ce jugement contient nomination du juge chargé de la descente : c'est un des juges qui ont pris part au jugement; si cependant on en choisissait un autre, il n'y aurait pas nullité, car la loi ne la prononce pas. Il n'est pas nécessaire que le jugement ordonnant une descente sur lieux énonce les faits à vérifier; la loi ne l'exige pas. Mais, quand le tribunal choisit un juge d'un autre ressort, il agira sagement en indiquant à ce juge les faits qu'il devra vérifier.

Le jugement ordonnant une descente sur lieux est, suivant les circonstances, préparatoire ou interlocutoire et la question est importante au point de vue de l'appel. Dans tous les cas, qu'il soit préparatoire ou interlocutoire, il doit, suivant la règle générale, être signifié à avoué (art. 147 C. pr.) (1). C'est ensuite à la partie la plus diligente à provoquer du juge-commissaire une ordonnance fixant le jour de la descente; cette ordonnance n'est susceptible d'aucune voie de recours. Seulement, si le juge-commissaire fait preuve de négligence, les plaideurs peuvent le prendre à partie, ce qui n'est pas pratique ou, ce qui vaut mieux, demander son remplacement au tribunal, comme dans le cas où ce juge serait empêché pour cause de maladie ou autre. L'ordonnance du juge-commissaire fixant le jour et l'heure de l'examen des

(1) Civ. cass., 6 février 1894, D. P.94, 1, 155.

lieux doit être signifiée à l'avoué de l'adversaire et vaut sommation d'être présent aux jour et heure fixés (art. 297 C. pr.). Cette réquisition faite par la partie la plus diligente doit avoir lieu, même quand la descente a été ordonnée d'office, car, même dans ce cas, le juge ne prend pas les devants. Qui lui dit, en effet, que les parties n'ont pas transigé et ainsi mis fin à l'affaire?

Lorsqu'aucune des parties ne requiert du juge l'ordonnance fixant le jour de la descente, alors de deux choses l'une : s'il s'agit d'une descente ordonnée d'office, la procédure reste indéfiniment suspendue et peut même s'éteindre par péremption ; s'il s'agit d'une descente demandée par une partie, celle-ci a le droit d'y renoncer en poursuivant l'audience pour plaider sur le fond et son adversaire peut aussi poursuivre cette audience en considérant l'inaction du demandeur comme une renonciation tacite à la mesure d'instruction.

La loi ne prononçant pas la nullité pour le cas où on n'aurait pas requis l'ordonnance du juge-commissaire, il en résulte qu'il n'y a aucune irrégularité, si les parties se trouvent sur les lieux d'un commun accord avec le juge-commissaire et son greffier (1). Si le jugement avait été rendu par défaut contre partie, l'ordonnance devrait être signifiée par exploit; mais il ne faudrait pas croire que, dans ce cas, la signification du jugement dispense de notifier l'ordonnance à la partie défaillante. La signification de l'ordonnance et celle du jugement peuvent d'ailleurs être faites par un seul et même acte.

Il faut un délai de trois jours au moins entre la signification de l'ordonnance à l'avoué de la partie adverse et le jour indiqué pour le transport, plus un jour par cinq myriamètres de distance entre le lieu où l'on doit se transporter et le domicile de la partie ou le lieu où siège le tribunal, si ce lieu est encore plus éloigné que le domicile de la partie, de la localité où doit avoir lieu la descente.

Comme il serait peu convenable qu'un juge fût obligé d'actionner un plaideur à l'effet d'obtenir de lui le remboursement de ses frais de transport, séjour et retour, la loi veut que ces frais de déplacement soient au préalable consignés au greffe par la partie requérante (art. 301 C. pr.), c'est-à-dire par celle qui a demandé et obtenu l'ordonnance fixant les jour et heure de l'examen des lieux contentieux.

Les frais de la descente sur lieux sont fixés : pour les avoués, par le décret du 16 février 1807 (art. 92, § 11); pour le juge et le greffier, par le décret du 18 juin 1811 (art. 88 et 89) et par l'ordonnance du 4 août 1824 sur le transport des magistrats en matière criminelle ou en cas d'interdiction judiciaire. Les dépenses des parties et de leurs avocats n'entrent pas en taxe et restent aux frais de qui les a faites (2). L'évaluation provisoire de la consignation est faite par le greffier selon les uns; les autres veulent que la partie consigne

(1) Dans tous les autres cas d'ailleurs, la présence des parties à l'opération couvrirait certainement les nullités s'il pouvait en être invoqué. Voy. les espèces : Grenoble, 23 janvier 1891, D. P. 92, 2, 527; civ. rej., 24 janvier 1893, D. P. 93, 1, 166; Grenoble, 14 mai 1895, D. P. 96, 2, 17 et la note.

(2) Si le juge-commissaire réclame l'assistance d'un huissier, il est dû à celui-ci une indemnité fixée par l'article 66 du tarif.

la somme qu'elle croit convenable, sauf à elle à présenter requête au commissaire qui taxe d'avance et par approximation en cas de difficulté de la part du greffier. En pratique, l'avoué se borne à remettre de confiance une somme au greffier ou même celui-ci en fait l'avance sur la parole de l'avoué et on se dispense de rédiger un acte de consignation. Cependant, à défaut de consignation, le juge-commissaire serait en droit de refuser d'opérer.

Au jour fixé, se trouvent sur les lieux le commissaire, le greffier, les parties. Celles-ci peuvent être assistées de leurs avoués et avocats ou de toutes autres personnes; elles peuvent aussi se faire représenter à l'opération par d'autres que leurs avoués. Si l'une d'elles ne vient pas, les opérations n'en sont pas moins régulières du moment qu'elle a été dûment prévenue. La présence du ministère public n'est pas nécessaire, à moins qu'il ne soit partie principale; lorsqu'il est seulement partie jointe, sa présence n'est pas requise, même s'il s'agit d'une affaire communicable ou intéressant un incapable comme une commune (1).

Les pouvoirs du juge-commissaire sont circonscrits dans les termes du jugement et de l'opération. Cependant il faut s'entendre sur ce point. Ainsi on a dit qu'il n'aurait pas le droit d'ordonner la levée d'un plan, si ce droit ne lui avait pas été conféré par le jugement. Cela nous paraît trop absolu, d'autant plus que la loi ne prononçant pas la nullité, nous ne voyons pas comment on pourrait soutenir que ces opérations sont entachées de nullité. Nous croyons que le juge-commissaire jouit d'une certaine liberté, sous la seule condition de ne pas procéder à une autre mesure d'instruction pour laquelle, en effet, il n'a pas reçu mandat. Ainsi, il ne pourrait pas entendre les témoins, car ce serait procéder à une enquête qui serait manifestement nulle, mais rien ne s'oppose à ce qu'il prescrive la levée d'un plan pour éclairer le tribunal.

Lorsque l'opération ne peut pas être terminée dans la même journée, on applique l'article 1048 du Code de procédure. Le procès-verbal est rédigé sur les lieux mêmes (arg. art. 317 C. pr.); le juge le dicte au greffier en présence des parties ou elles dûment appelées afin qu'elles puissent faire toutes leurs observations.

Le juge-commissaire doit faire mention, dans son procès-verbal, des jours employés au transport, séjour et retour (art. 298 C. pr.). Cette mention est utile pour le règlement des frais de déplacement. Le procès-verbal est enregistré et déposé au greffe, l'expédition en est signifiée par la partie la plus diligente aux avoués des autres parties (art. 299 C. pr.). Trois jours après cette signification, la partie la plus diligente peut poursuivre l'audience sur un simple acte (art. 299 C. pr.). Si la partie défaillante n'avait pas constitué avoué, l'audience devrait être poursuivie par un exploit signifié à personne ou domicile.

Le juge-commissaire doit prendre part au jugement; la loi a voulu que précisément ce magistrat communiquât ses renseignements. Autrement la descente dégénérerait en un rapport d'expert, puisque les juges auraient sous les yeux seulement le texte muet du procès-verbal. Cependant il n'y aurait

(1) Req., 30 mars 1885, D. P. 86, 1, 211.

pas nullité si le juge-commissaire ne prenait pas part au jugement, car la loi ne l'a pas prononcée.

Quant aux frais de la descente, ils sont toujours, et suivant le droit commun, à la charge de la partie qui succombe, à moins qu'il ne soit reconnu par le jugement définitif que cette descente, demandée par le gagnant malgré la protestation de l'autre partie, était absolument inutile.

La loi n'ayant prononcé aucune nullité au titre de la descente sur lieux, le procès-verbal de descente ne pourrait être annulé que pour vice substantiel, comme par exemple si l'une des parties n'avait pas été avertie d'être présente.

Si la première descente ne paraît pas donner des éclaircissements suffisants, le tribunal peut en ordonner une seconde, soit à la demande des parties, soit même d'office, pourvu que dans ce second cas il n'y ait pas lieu à rapport d'expert ordonné par la loi.

## § 87. — **L'expertise** (art. 302 à 324 C. pr.).

L'expertise est une opération confiée à certaines personnes, à raison de leurs connaissances spéciales sur des faits que les juges ne pourraient pas exactement apprécier par eux-mêmes ; le rapport d'expert est la mention de cette opération. C'est donc quand il faut déduire de faits certains, ou supposés tels, des appréciations qui ne peuvent se faire qu'avec l'aide d'un art ou d'une science, que le tribunal ordonne une expertise, c'est-à-dire un rapport par des gens de l'art.

L'expertise se rencontre dans toutes les législations, par cela même qu'on ne saurait exiger des juges des connaissances universelles. Dans notre ancien droit, on abusait même souvent en pratique de cette mesure d'instruction et il existait dans un grand nombre de juridictions des experts de diverses natures, presque toujours titulaires d'office. Nous rappellerons seulement, à titre de curiosité, la trop célèbre expertise du congrès en matière de nullité de mariage, empruntée par les tribunaux laïques aux juridictions d'Église et qui fut une source de scandale, surtout jusqu'à l'arrêt du parlement de Paris du 18 février 1677 inspiré par Lamoignon et qui supprima définitivement cette épreuve dans l'étendue du ressort.

L'expertise est amiable ou judiciaire, suivant qu'elle résulte de la convention des parties en dehors de tout procès ou qu'elle a lieu en justice, soit d'office, soit à la demande de l'un des plaideurs. L'expertise amiable ne relève bien entendu que de la loi du contrat ; tel est le cas où un voisin voulant acquérir la mitoyenneté du mur de son voisin, tous deux s'entendent pour faire déterminer par un expert la valeur de ce mur.

L'expertise pourrait être principale et introductive d'instance par les raisons que nous avons données pour autoriser l'enquête à futur (1). En pratique on ne s'adresse jamais à cette fin devant le tribunal, mais on agit tous les jours en référé dans le seul but d'obtenir une expertise (2).

(1) En sens contraire, trib. de Saint-Calais, 25 mars 1887, D. P. 87, 3, 111 et ma note sous cette décision ; req., 6 février 1900, D. P. 1900, 1, 167.

(2) Req., 7 novembre 1894, D. P. 95, 1, 8.

Lorsque l'expertise est demandée par l'une ou l'autre des parties, le tribunal est toujours libre de l'accorder ou de la refuser, à moins qu'on ne se trouve dans l'un des cas exceptionnels où la loi la déclare obligatoire (art. 302 C. pr.) (1). Ainsi, la loi ordonne l'expertise en cas de partage en justice pour l'estimation des immeubles et la fixation des bases du partage (art. 824 C. civ.); de même, elle l'impose en cas d'action en rescision d'une vente d'immeubles pour cause de lésion de plus des sept douzièmes (art. 1678 C. civ.); c'est aussi par experts qu'est réglée l'indemnité due au locataire d'une usine pour défaut de jouissance (art. 1747 C. civ.). On a soutenu que l'expertise était obligatoire en matière de vérification d'écritures et de faux incident, mais depuis longtemps cette opinion est repoussée par tous les auteurs et par la jurisprudence.

D'un autre côté, le tribunal est toujours libre d'ordonner une enquête d'office, bien que les parties ne la demandent pas, quel que soit l'objet du procès (arg. art. 319 C. pr.) Cependant, des juges ne pourraient ordonner que des jurisconsultes leur donnassent une consultation à titre d'experts, car il ne s'agit pas là d'une appréciation matérielle de faits et, en outre, les juges doivent savoir et dire le droit. Les tribunaux civils ne peuvent même pas nommer des arbitres rapporteurs pour l'examen des pièces, comptes et registres, car la loi réserve ce droit aux tribunaux de commerce, mais ils peuvent toujours ordonner une instruction par écrit ou encore charger l'un d'entre eux de faire un rapport ou une vérification de faits. Le tribunal ne pourrait pas non plus, au lieu de nommer des experts d'office, se borner à désigner des personnes chargées de lui fournir de simples renseignements. Ce serait éluder les lois sur l'expertise et cela permettrait d'écarter la surveillance des parties. D'ailleurs, on remarquera que les experts ne donnent jamais que de simples renseignements, car leur avis ne lie pas le tribunal (2). D'un autre côté, rien ne s'oppose, au contraire, à ce que le tribunal cumule l'expertise avec une autre mesure d'instruction, le plus souvent avec la descente sur lieux, pour laquelle le juge-commissaire se fera accompagner d'un ou trois experts chargés d'apprécier certains faits.

Lorsqu'il y a lieu à expertise, le tribunal rend un jugement qui doit énoncer clairement les objets de cette mesure d'instruction. Ce jugement est, comme nous l'avons vu, tantôt préparatoire, tantôt interlocutoire, suivant qu'il ne préjuge pas ou qu'il préjuge le fond.

Dans notre ancienne France, il y avait autrefois devant certaines juridictions des experts jurés, souvent titulaires de véritables offices; ils prêtaient serment en entrant en charge, une fois pour toutes, et étaient spécialement chargés des expertises rentrant dans leur art, à l'exclusion de toutes autres personnes. Aujourd'hui, il n'y a plus d'offices d'experts, et les tribunaux, comme les plaideurs, peuvent choisir qui bon leur semble. En fait, les tribunaux désignent presque toujours les mêmes personnes pour les expertises, et on dresse même des listes contenant leurs noms; mais c'est à tort que ceux

(1) Req., 2 mars 1886, D. P. 87, 1, 75; req., 29 février 1888, D. P. 88, 1, 352; civ. rej., 5 février 1890, D. P. 90, 1, 399.

(2) Civ. cass., 11 juillet 1899, D. P. 1900, 1, 395. Voy. cependant civ. cass., 9 février 1869, D. P. 70, 1, 14; voy. *Jur. gén.*, v° *Expert*, n°s 278 et suiv.

qui jouissent de cette faveur s'intitulent experts jurés ou experts près tel ou tel tribunal, car ils ne prêtent pas un serment général en cette qualité, et le tribunal peut toujours choisir d'autres personnes (1). Toutefois, les médecins experts sont soumis à un régime spécial. Au commencement de chaque année judiciaire, et dans le mois qui suit la rentrée, les cours d'appel, en chambre du conseil, l'avocat général entendu, désignent, sur des listes de proposition des tribunaux de première instance du ressort, les docteurs en médecine à qui elles confient le titre d'expert devant les tribunaux. Les propositions de ces tribunaux et les désignations de la Cour ne peuvent porter que sur les docteurs en médecine français, ayant au moins cinq années d'exercice, et demeurant, soit dans l'arrondissement du tribunal, soit dans le ressort de la cour d'appel (loi du 30 novembre 1892, art. 14, et décret du 21 novembre 1893). A la Cour d'appel de Paris, la désignation n'est pas faite toutes chambres réunies, mais par une assemblée composée des quatre premières chambres de la Cour (décret du 23 juin 1900).

Aucune profession ou fonction ne rend incapable d'être expert; cependant les juges et greffiers ne peuvent pas être experts. La loi n'a pas déterminé les conditions de capacité nécessaires pour être nommé expert; seul, le Code pénal contient deux dispositions précises, qui défendent de choisir comme experts les condamnés à la dégradation civique et ceux auxquels les tribunaux correctionnels ont enlevé ce droit (art. 34 et 42 C. pén.). Il y aurait certainement une nullité d'ordre public si l'une de ces personnes était choisie comme expert. On admet aussi sans difficulté, malgré le silence de la loi, que l'interdit judiciaire, à raison même de son état présumé de démence, ne peut être nommé expert; mais, comme ici l'ordre public n'est pourtant pas intéressé, la nomination serait valable si elle était acceptée des deux parties à leurs risques et périls.

En dehors de ces cas, qui peut être expert? D'après l'opinion dominante dans la doctrine et dans la jurisprudence, l'expertise est un mandat ordinaire, et, dès lors, toute personne capable d'être mandataire peut aussi être expert, sauf exception, bien entendu, pour ceux qui tombent sous l'application des articles 34 et 42 du Code pénal. Ainsi, cette mission peut être confiée à des étrangers, à des filles ou veuves, à des femmes mariées avec autorisation de leur mari ou de justice. La femme non autorisée et le mineur peuvent-ils aussi être choisis comme experts? Sans doute, en pareil cas, le mandat est valable, en ce sens que, malgré l'incapacité du mandataire, le mandant se trouve lié envers ce dernier et vis-à-vis des tiers avec lesquels il a contracté, de même que les tiers sont engagés vis-à-vis du mandant (art. 1028 et suiv. C. pr.). Mais l'incapable peut opposer la nullité du contrat, et cela suffit, semble-t-il, pour qu'on ne puisse pas conférer la qualité d'expert à un mineur ni à une femme mariée non autorisée, car on se trouverait dans un singulier embarras si, au cours des opérations, cet expert refusait d'accomplir sa mission, même par pur caprice, et on n'aurait aucun

(1) Aussi, ces prétendus experts assermentés ne sont pas dispensés de prêter serment dans chacune des affaires qui leur sont confiées. Cependant, dans les localités où il y a des commissaires-priseurs, ils ont un privilège exclusif pour l'estimation ou prisée des meubles.

recours contre lui. Fort souvent, cependant, la doctrine et la jurisprudence n'établissent pas ces distinctions et permettent de choisir comme experts des étrangers, des mineurs, des femmes non autorisées. En pratique, cette solution est en effet la plus commode, car on demande avant tout à l'expert des connaissances spéciales, et il se peut que, parfois, ces connaissances appartiennent précisément à des étrangers, à des femmes, ou même à des mineurs, à l'exclusion de toutes autres personnes (1).

Cependant, au point de vue de la pureté des principes, cette solution est fort contestable, et il semble qu'il soit plus conforme à l'esprit de la loi d'exiger des experts la jouissance et l'exercice des droits civils et politiques. Cette solution offre le grave inconvénient d'exclure les étrangers, les femmes, les mineurs, mais elle paraît confirmée par les articles 34 et 42 du Code pénal qui rattachent le droit d'être expert aux droits politiques. C'est qu'en effet l'expert, par cela même qu'il est chargé de procéder à une mesure d'instruction aux lieu et place du tribunal, exerce une partie de la juridiction. Celle-ci se décompose, comme on dit, en instruction et jugement. Le tribunal ne peut jamais déléguer le jugement, mais rien ne s'oppose à ce que, d'ailleurs sous les conditions déterminées par la loi, il se décharge de tout ou partie de l'instruction. Il est vrai que les experts peuvent être choisis par les plaideurs, mais encore faut-il qu'ils s'entendent et que le tribunal ait autorisé l'expertise. En outre, cette désignation ne suffit pas pour conférer aux experts leur qualité officielle, et ils ne sont investis de leurs fonctions qu'après avoir prêté serment. Il est vrai que, dans une certaine doctrine, on permet aux parties de relever les experts de la formalité du serment, mais cette solution, bien que fréquente et très utile en pratique pour diminuer les frais, est fort contestable au point de vue des principes. Nous verrons bientôt aussi qu'une partie du rapport des experts est consacrée à l'exposé des faits relatifs à leur mission, et que cette partie du rapport fait foi jusqu'à inscription de faux. Il s'agit donc bien d'une véritable fonction publique, et certains arrêts semblent, en effet, admettre cette solution, lorsqu'ils décident que les outrages faits aux experts dans l'exercice de leur mission tombent sous l'application de l'article 224 du Code pénal (2).

Il peut arriver, avons-nous dit, qu'une personne incapable d'être expert soit cependant celle qui se trouve le mieux en état de remplir cette fonction. Mais il y a, d'après des arrêts de la Cour de cassation (3), un moyen de tout concilier : on a de tout temps reconnu aux experts le droit de s'adjoindre des auxiliaires appelés sapiteurs. Il n'en est pas moins vrai qu'en pareil cas la nomination du sapiteur signifie que l'expert n'est pas éclairé et a besoin de l'être.

On nomme toujours un ou trois experts. Si les parties sont d'accord, elles peuvent exiger qu'il y ait un seul expert au lieu de trois (4), et, sous ce rap-

(1) Crim. rej., 16 décembre 1847, D. P. 47, 4, 241 ; Nancy, 9 février 1886, D. P. 87, 2, 25 et ma note sous cet arrêt.

(2) Civ. cass., 9 mars 1877, S. 77, 1, 133; Caen, 21 juillet 1879, S. 80, 2, 144.

(3) Req. 4 janvier 1820 et 23 novembre 1857, cités par Bonnier, *Traité des preuves*, 5e éd., n° 114, p. 95.

(4) Civ. rej., 10 février 1891, D. P. 91, 1, 207.

port; le Code de procédure a modifié les dispositions du Code civil, qui semblent exiger toujours trois experts (voy., par exemple, l'art. 1678 C. civ.); un seul expert peut aussi être nommé par le tribunal lorsqu'il ordonne une expertise d'office (1), et c'est ainsi que les choses se passent toujours en référé (2).

La loi donne donc le choix entre un ou trois experts, si les parties sont d'accord ou si l'expertise est ordonnée d'office; mais on ne pourrait pas en nommer deux, ni plus de trois. Sous l'empire de l'ordonnance de 1667, les parties désignaient chacune un expert, mais alors celui-ci, dans la pratique, croyait qu'il était de son devoir de défendre les intérêts de celui qui l'avait nommé, de sorte qu'on n'arrivait presque jamais à une solution et qu'il fallait nommer un troisième expert pour départir les deux premiers; de là des lenteurs et des frais. Aujourd'hui, on évite ces complications en nommant de suite trois experts, si les parties l'exigent dans les expertises sur demande ou ne se mettent pas d'accord pour n'en choisir qu'un, ou enfin si l'un des plaideurs est incapable. Quand la loi permet aux parties de choisir un seul expert au lieu de trois, elle suppose les parties majeures et maîtresses de leurs droits. Le tuteur ne peut pas consentir à ce qu'il soit nommé un seul expert, même dans les actions mobilières, qu'il a cependant le droit d'engager sans l'autorisation du conseil de famille; un pareil consentement a de l'affinité avec le compromis ou la transaction.

Les parties choisissent les experts ou les acceptent, mais ils ne leur sont jamais imposés malgré elles. Si, lors du jugement qui ordonne l'expertise, les parties sont d'accord sur les experts qu'elles veulent, ce même jugement leur donne acte de leur nomination, et l'on évite ainsi des frais (art. 304 C. pr.). Si, à ce moment, les parties ne se sont pas encore entendues sur le choix des experts, le jugement qui ordonne l'expertise décide, en même temps, que les parties seront tenues de choisir leurs experts dans les trois jours de la signification du jugement, sinon qu'il sera procédé à l'opération par des experts nommés par le tribunal. Ce même jugement désigne le juge-commissaire devant lequel les experts prêteront serment (art. 305 C. pr.). La Cour de cassation considère comme substantielle l'indication, dans le jugement, du droit pour les parties de nommer elles-mêmes leurs experts, et elle casse les arrêts qui nomment des experts d'une manière définitive, sans réserver aux parties la faculté de s'accorder pour en choisir d'autres (3). Toutefois, l'omission du tribunal pourrait être réparée, ou par un jugement postérieur, ou même par une sommation faite par le poursuivant à la partie adverse de convenir des experts dans le délai. Les représentants des incapables ont le droit de choisir les experts; il n'est pas nécessaire que la nomination d'office ait lieu en pareil cas. La communication au ministère public empêche ou déjoue tout concert frauduleux au détriment de l'incapable.

Parfois, les parties s'accordent pour désigner deux des experts et restent

(1) Req., 14 mai 1872, S. 72, 1, 237; req., 18 mars 1873, S. 73, 1, 268; civ. cass., 28 août 1877, S. 78, 1, 344; Bastia, 6 août 1892, S. 93, 2, 224; civ. rej., 21 octobre 1895, S. 98, 1, 43.

(2) Grenoble, 13 juillet 1872, D. P. 76, 2, 164; civ. rej., 28 août 1877, D. P. 78, 1, 213.

(3) Voy. *Code de procédure civile annoté* sous l'art. 305, n° 2; civ. cass., 15 mars 1881, D. P. 81, 1, 355; civ. cass., 20 mai 1890, D. P. 90, 5, 248.

en dissentiment pour le choix du troisième ; dans ce cas, le tribunal doit les nommer tous les trois ; mais, en pratique, il accepte les deux experts sur lesquels il y avait union entre les parties.

Quand les parties ne s'accordent pas dans les trois jours de la signification du jugement, les experts nommés d'office par le tribunal dans le jugement deviennent experts dans l'affaire. Avant de rendre ce jugement, le tribunal doit d'abord rechercher si les parties sont déjà d'accord sur les noms des experts, et il l'apprend en prenant connaissance des conclusions relatives à l'expertise. Si les parties n'ont pas désigné d'experts dans leurs conclusions, alors le tribunal en nomme dans le jugement ordonnant l'expertise, mais cette nomination est tout à fait éventuelle, car les parties ont encore, même après le jugement, le droit de nommer des experts à la place de ceux choisis par le tribunal. Toutefois, elles doivent s'entendre à cet effet dans les trois jours de la signification faite à avoué, suivant le droit commun (art. 147 C. pr.), par la partie la plus diligente à son adversaire. Si le jugement est par défaut, le délai de trois jours ne court qu'à l'expiration de la huitaine à dater de la signification à partie ou à avoué, suivant la nature du défaut, à moins que le tribunal n'ait ordonné l'exécution provisoire. A-t-il été fait opposition à ce jugement, le délai de trois jours court du jour de la signification du jugement de débouté de l'opposition. De même, si le jugement est interlocutoire et qu'il y ait appel, les trois jours partent alors du jour de la signification de l'arrêt confirmatif. Pour que le délai de trois jours puisse courir dès la signification du jugement, il faut donc supposer que ce jugement ordonnant l'expertise est contradictoire et préparatoire, ou, s'il est interlocutoire, qu'on n'en interjette pas appel.

Ce n'est pas encore tout : le délai de trois jours n'est pas fatal et, même après son expiration, les parties peuvent encore choisir leurs experts, tant que ceux désignés par le tribunal n'ont pas prêté serment. Quel intérêt y aurait-il, en effet, à priver avant ce moment les parties du droit de nommer leurs experts? C'est là un droit favorable dont il ne faut pas les déclarer déchues sans motif. Lorsque les parties s'accordent pour la nomination des experts, mais seulement après le jugement ordonnant l'expertise, elles doivent en faire la déclaration au greffe, assistées de leurs avoués (art. 306 C. pr.). Cette forme n'étant toutefois pas substantielle, le choix pourrait encore être indiqué d'une autre manière et, par exemple, par acte d'avoué à avoué.

Le jugement qui ordonne l'expertise nomme un juge-commissaire chargé de recevoir le serment des experts.

Le délai de trois jours expiré, ou dès que les parties sont d'accord sur le choix des experts, la partie la plus diligente prend l'ordonnance de ce juge-commissaire et fait sommation aux experts, choisis par les parties ou nommés d'office, de prêter serment (art. 307 C. pr.). Il résulte des derniers termes de cet article qu'il n'est pas nécessaire d'appeler, même par acte d'avoué, la partie adverse à la prestation de serment. Ce serment de remplir exactement les fonctions d'expert paraît être une formalité substantielle, sans laquelle les experts ne pourraient pas remplir leurs fonctions. L'urgence ou toute autre circonstance ne saurait dispenser de cette formalité. La jurisprudence, cependant, décide que si les parties sont capables et par cela

même maîtresses de leurs droits, elles peuvent relever les experts de l'obligation de prêter serment (1). Cette solution a l'avantage de gagner du temps et d'éviter des frais, et elle est même fondée en droit, si l'on admet que les experts sont de simples mandataires ordinaires. Mais, si l'on décide qu'ils remplissent une sorte de fonction publique temporaire, alors le serment devient une formalité d'ordre public, qui les investit de cette fonction. Le plus simple serait d'imposer aux experts un serment écrit, à la fin de leur rapport; cette formalité, qui a son importance, serait ainsi maintenue sans causer ni frais ni lenteurs.

Les experts prêtent serment devant le juge-commissaire. Le tribunal, néanmoins, pourrait ordonner qu'ils le prêtent devant le juge de paix du canton (art. 305 C. pr.) ou devant un juge d'un autre tribunal (art. 1035 C. pr.). L'article 307 veut que les experts soient prévenus par sommation d'huissier de la partie la plus diligente, mais, en pratique, on supprime souvent cet acte, en avertissant les experts verbalement ou par lettres missives. Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'appeler la partie adverse à la prestation de serment, en pratique on le fait au moyen d'une sommation, et l'article 91 du tarif civil alloue même un émolument à l'avoué. La loi n'a pas établi de formule substantielle pour le serment des experts (voy. toutefois art. 446 C. civ. et 44 C. inst. crim.).

Le serment vaut de la part de l'expert acceptation de ses fonctions. S'il ne vient pas ou refuse de prêter serment, il est remplacé immédiatement par les parties, en supposant qu'elles s'accordent, ou par le juge-commissaire dans le cas contraire, et pourvu que le jugement lui en ait donné le droit; autrement le remplacement devrait être fait par le tribunal, bien qu'en pratique on se contente d'une ordonnance du président rendue sur la requête de la partie la plus diligente (art. 316 C. pr.).

Il résulte de ce qui précède qu'on peut donc refuser d'être expert, tandis qu'on est témoin malgré soi. On n'a en effet jamais de justes motifs pour refuser de déclarer la vérité, tandis qu'on peut, avec raison, prétendre qu'on n'a pas les connaissances nécessaires pour faire une expertise.

Une fois le serment prêté, si l'expert refuse de remplir sa mission sans juste motif, il s'expose à des dommages intérêts.

Le procès-verbal de prestation de serment contient indication pour les experts du lieu et des jour et heure de leurs opérations; en cas de présence des parties ou de leurs avoués, cette indication vaut sommation. En cas d'absence, la partie poursuivante doit sommer les autres parties par acte d'avoué de se trouver aux jour et heure que les experts ont indiqués (art. 315 C. pr.). Cette sommation pourrait aussi être faite par acte d'huissier, car la forme prescrite par la loi n'est pas substantielle (2). Mais l'absence de toute sommation serait une cause de nullité (3).

(1) Voy. la jurisprudence dans *Code de procédure civile annoté* sous l'art. 307, n° 6 et dans *Jur. gén., Suppl.*, v° *Appel civil*, n° 72 et v° *Expert*, n° 86; req., 21 janvier 1874, S. 74, 1, 320; req., 7 novembre 1888, D. P. 89, 1, 407; civ. cass., 4 mai 1891, S. 91, 1, 264; civ. cass., 18 octobre 1898, S. 98, 1, 494.

(2) Req., 18 décembre 1871, S. 72, 1, 275.

(3) Riom, 3 décembre 1885, D. P. 86, 2, 219; Paris, 27 février 1886, D. P. 88, 2, 191.

Les parties ont le droit de récuser les experts ; toutefois, il importe de distinguer entre les experts choisis par les parties et ceux nommés d'office par le tribunal. Lorsque les experts ont été choisis par les parties, celles-ci sont légalement présumées avoir renoncé à toutes les causes de récusation qui existaient antérieurement; elles ne peuvent donc proposer que des causes de récusation survenues depuis la nomination et avant la prestation du serment (art. 308 C. pr.). Une partie ne serait même pas recevable à prouver qu'au moment de la nomination elle ignorait la cause de récusation existant dans la personne de l'expert ; elle est en faute de n'avoir pas pris des renseignements suffisants. La récusation serait cependant admissible, si la cause en était tellement récente que la partie eût été dans l'impossibilité morale de la connaître déjà au moment du serment (art. 308 C. pr.). A l'égard des experts nommés d'office, la partie qui a des moyens de récusation à proposer, est tenue de le faire dans les trois jours de la nomination, c'est-à-dire dans les trois jours qui suivent, non pas le jugement, mais la signification du jugement (1). Ce délai de trois jours est fatal, comme le prouve la fin de l'article 309 du Code de procédure. Il donne lieu aux mêmes observations que le délai de trois jours accordé aux plaideurs pour remplacer les experts nommés par le tribunal. Ainsi les trois jours ne commenceront à courir, si le jugement est par défaut et attaqué par opposition, qu'à partir de la signification du jugement du débouté d'opposition et, si le jugement est attaqué par la voie de l'appel, qu'à partir de la signification de l'arrêt confirmatif. En réalité, les trois jours ne commenceront à courir à partir de la signification du jugement, qu'autant que celui-ci sera contradictoire et préparatoire, ou que s'il est interlocutoire il n'y aura pas appel. On a même soutenu que ce délai de trois jours pour récuser les experts ne court pas en même temps que celui de trois jours donné pour les remplacer. Cette solution est fort contestable, à cause du texte formel, en sens contraire, de l'article 309 du Code de procédure. Enfin, le délai de l'article 309 ne peut s'appliquer qu'aux causes de récusation antérieures à la nomination. Quant à celles qui sont survenues depuis, elles sont recevables jusqu'à la prestation du serment. Mais une fois le serment prêté, les experts, soit qu'ils aient été choisis par les parties, soit qu'ils aient été nommés d'office, ne peuvent plus être récusés, même pour des causes nouvellement survenues, sauf aux parties à en prévenir le tribunal en discutant le rapport.

Les causes de récusation des experts sont les mêmes que les causes de reproche des témoins (art. 310 C. pr.) (2).

Les articles 311 à 315, relatifs à la procédure de la récusation, sont très simples et peuvent se ramener aux points suivants. La récusation est jugée sommairement, c'est-à-dire comme affaire sommaire ; aussi, s'il y avait lieu à enquête, on la ferait à l'audience. Le ministère public doit toujours donner

(1) Paris, 5 mai 1875, S. 76, 2, 44.

(2) La circonstance que les experts auraient d'abord procédé comme arbitres sur l'objet de la contestation et auraient même préparé une sentence arbitrale restée sans effet et non communiquée d'ailleurs aux parties, n'est pas une cause de récusation. On ne saurait, en un tel cas, considérer les experts comme ayant donné des certificats sur les faits relatifs au procès. Req., 8 mai 1872, S. 72, 1, 237.

ses conclusions. Le jugement sur la récusation est exécutoire « nonobstant appel », dit l'article 312 du Code de procédure. Ces derniers termes ont fait croire à certains auteurs que le jugement sur la récusation était toujours sujet à l'appel, même dans le cas où le principal peut être jugé en dernier ressort, et il en est en effet ainsi en matière de récusation de juge. Mais on comprendra sans peine que cette dernière récusation est bien plus grave que celle d'un expert et on verra en outre que les causes de récusation des magistrats ne sont pas celles des experts. Aussi préférons-nous décider, dans le silence de la loi, que le jugement de récusation d'un expert ne sera susceptible d'appel qu'autant que l'affaire sera en premier ressort; c'est la conséquence de la règle suivant laquelle les jugements d'incident prennent, quant aux voies de recours, la nature du jugement à intervenir sur le fond.

Si la récusation est admise, le même jugement nomme un ou deux nouveaux experts à la place de celui ou de ceux récusés (art. 313 C. pr.). Il n'est pas nécessaire de réserver formellement aux parties le droit de remplacer ces nouveaux experts, mais elles ont cependant ce droit et peuvent l'exercer tant que les choses sont entières, c'est-à-dire tant que les nouveaux experts n'ont pas prêté serment. Ceux-ci sont à leur tour récusables comme les premiers, et les causes de récusation pourraient être prouvées par témoins, même pour les seconds et subséquents experts à l'infini, la loi n'ayant pas ici reproduit la prohibition de la preuve testimoniale établie pour les reproches de témoins dans l'article 290 du Code de procédure.

Lorsque la récusation est rejetée, la partie qui l'a proposée peut être condamnée à des dommages-intérêts, soit envers la partie adverse dont le temps a été inutilement perdu, soit envers l'expert récusé à tort, si la cause de récusation a pu lui porter un préjudice quelconque; mais quand l'expert demande et obtient des dommages-intérêts, il ne peut plus rester expert, car il est devenu partie et ne saurait être impartial (art. 314 C. pr.).

Dans notre ancien droit, les experts pouvaient refuser de commencer leurs opérations tant qu'ils n'avaient pas reçu à l'avance leurs émoluments et les frais de l'expertise. Aujourd'hui, rien ne les autorise à réclamer leurs honoraires avant l'ouverture des opérations, mais ils ont le droit d'exiger l'avance des frais et dépenses que pourra approximativement causer l'expertise.

Il est inutile de notifier aux experts le jugement qui les nomme; la loi n'exige même pas qu'on leur notifie le dispositif du jugement comme elle l'impose pour les témoins; de semblables notifications devraient donc être rejetées de la taxe comme frustratoires. Mais l'article 317 du Code de procédure veut qu'au moment où les experts vont procéder à leurs opérations, on leur remette le jugement qui a ordonné l'expertise et les pièces nécessaires. Il faut en effet qu'il aient sous les yeux les termes du mandat qui leur a été confié si l'on veut qu'ils s'y conforment. Les parties doivent être présentes ou dûment appelées, à peine de nullité, car il s'agit là d'une formalité substantielle (1). Mais les experts pourraient procéder, en l'absence des parties,

(1) Paris, 18 juillet 1870, S. 71, 2, 152; req., 31 juillet 1876, S. 77, 1, 52; civ. cass., 5 février 1879, D. P. 79, 1, 126; civ. cass., 23 août 1881, D. P. 81, 1, 470; Riom, 3 décembre 1885, D. P. 86, 2, 219 et ma note sous cet arrêt; Paris, 27 février 1886, D. P. 88, 2, 191.

aux opérations préliminaires, par exemple pour lever un plan, consulter les titres, prendre des renseignements (1).

Les parties peuvent faire tels dires et réquisitions qu'elles jugent convenables et les experts les consignent dans leur procès-verbal. Ceux-ci ne sont pas liés par les dispositions du jugement qui leur trace la marche à suivre pour l'accomplissement de leur mission, alors d'ailleurs que, bien que ne s'étant pas exactement conformés à ces prescriptions, leur expertise n'en répond pas moins à l'esprit et au but de la décision qui l'a ordonnée (2). Les experts ne peuvent cependant pas entendre de témoins lorsque le jugement ne les a pas chargés de ce soin; ils outrepasseraient leur mandat. Mais le tribunal peut-il leur conférer ce droit? On pourrait soutenir la négative, en faisant remarquer que ce serait donner au tribunal le moyen d'éluder les dispositions du titre des enquêtes. La jurisprudence admet cependant la solution contraire, sous le bénéfice toutefois des particularités suivantes qui justifient sa solution : ces témoins ne sont pas de véritables témoins; ils ne prêtent pas serment et donnent de simples renseignements (3).

Lorsque l'expertise ne se termine pas à la première vacation, les experts doivent se borner à indiquer les jour et heure des vacations suivantes et cette indication vaut sommation pour les parties (art. 1034 C. pr.), même pour celles qui sont absentes; celles-ci sont en faute de ne pas assister à toutes les vacations (4). Il n'est pas nécessaire, l'article 1034 du Code de procédure ne l'exige pas, que les experts dressent un procès-verbal à la fin de chaque vacation; il leur suffit de tenir des notes jusqu'à la fin de leur instruction. Mais, bien que cela ne s'observe pas toujours en pratique, les experts devraient indiquer, dans le rapport, tous les jours où ils ont procédé et affirmer que les parties ont été constamment informées des jour et heure où les opérations devaient être continuées.

Le rapport est rédigé sur le lieu contentieux ou dans le lieu et au jour indiqués par les experts (art. 317 C. pr); il est écrit par un des experts et signé par tous; s'ils ne savent pas tous écrire, le rapport est écrit et signé par le greffier de la justice de paix du lieu où ils ont procédé (art. 317 C. pr.) (5). Il peut arriver qu'ils procèdent dans plusieurs lieux, par exemple s'ils examinent les lieux contentieux et qu'ils délibèrent dans une autre localité.

Le rapport des experts contient deux parties: d'une part, la mention des opérations, par exemple le transport des experts, la remise des pièces, les dires des parties, les vérifications faites par les experts, et cette partie du rapport fait foi jusqu'à inscription de faux; d'autre part, l'avis des experts. Les plaideurs ne peuvent assister qu'à la rédaction de la première partie;

(1) Req., 9 août 1876, D. P. 78, 1, 18.
(2) Req., 18 décembre 1871, S. 72, 1, 275.
(3) Req., 5 mai 1884, D. P. 84, 1, 295; req., 15 novembre 1886, D. P. 87, 1, 495; req., 6 novembre 1888, D. P. 89, 1, 230; req., 16 juillet 1900, D. P. 1900, 1, 470.
(4) Req., 21 décembre 1886, D. P. 87, 1, 409; req., 5 juin 1893, D. P. 94, 1, 123; req., 6 juin 1887, D. P. 87, 5, 217.
(5) Si l'un des experts, quoique sachant écrire, refuse de signer, les autres n'ont pas besoin de s'adresser au greffier du juge de paix; il leur suffit de faire mention du refus de leur coexpert et le rapport fait alors la même foi que s'il était signé de tous (arg. 1016 C. pr.).

celle qui contient l'avis des experts doit être rédigée secrètement. Il va sans dire que quand les experts, au lieu d'exposer les faits, les apprécient, leur rapport ne fait plus foi jusqu'à l'inscription de faux (1).

Les experts dressent un seul rapport et ne forment qu'un seul avis à la pluralité des voix, mais ils doivent indiquer, en cas d'avis différents, les motifs des divers avis, sans faire connaître quel a été l'avis personnel de chacun d'eux (art. 318 C. pr.). Si tous les experts ne prenaient pas part au rapport, il y aurait nullité (2). Si l'un des experts refusait de donner son avis, ou ne consentait pas à le motiver, il serait considéré comme démissionnaire, de sorte qu'il y aurait lieu de le remplacer et qu'il pourrait encourir des dommages-intérêts. La loi veut que les experts indiquent les motifs des divers avis, afin que les juges puissent donner la préférence à l'avis de la minorité, s'il leur semble mieux fondé que l'autre. Il pourrait arriver que chaque expert eût un avis différent ; chacun motiverait alors son opinion et le tribunal choisirait entre les trois avis. Mais, dans aucun cas, il ne faut faire connaître les noms des experts de tel ou tel avis, parce que la loi ne veut pas qu'il y ait de discussions sur le talent respectif de tel ou tel expert, ni que l'une ou l'autre des parties puisse avoir de ressentiment contre l'un d'eux. D'ailleurs, le rapport ne serait pas nul s'il faisait connaître les noms des experts, car la disposition qui le défend n'offre qu'un intérêt secondaire (3).

Tout le monde admet que le rapport des experts fait foi de sa date à l'égard des parties, même ceux qui ne reconnaissent pas au rapport la foi due aux actes authentiques, car, disent-ils, les actes, même sous seing privé, font foi de leur date à l'égard des parties et de leurs ayants cause.

Le rapport terminé, la minute en est déposée au greffe. Une fois la clôture du rapport faite et les signatures apposées, et son dépôt effectué au greffe, les experts n'ont plus le droit d'apporter aucune modification à leur travail (4). S'ils constataient cependant l'existence d'une erreur, ils devraient en aviser le président et les parties. La loi n'impose aux experts aucun délai pour le dépôt de leur rapport (5) et, l'article 320 du Code de procédure ayant tracé les règles à suivre pour mettre les experts en demeure de l'effectuer, il ne semble pas qu'on puisse accorder au tribunal le droit de fixer un délai à peine de déchéance. Si le jugement contenait une indication de ce genre, elle serait purement comminatoire (6).

Lorsque les experts sont en retard ou refusent de déposer leur rapport, les parties ont le droit de les assigner à trois jours, sans préliminaire de conciliation, devant le tribunal qui statue sommairement et les condamne à faire le dépôt sous peine de dommages-intérêts (art. 320 C. pr. et 1992 C. civ.).

Les vacations des experts sont taxées par le président au bas de la minute

(1) Pau, 22 février 1898, S. 99, 2, 311.
(2) Paris, 27 février 1886, D. P. 88, 2, 191 ; Riom, 3 décembre 1885, D. P. 86, 2. 219.
(3) Aix, 7 février 1878, D. P. 80, 5, 188.
(4) Req., 5 juillet 1894, D. P. 94, 1, 478.
(5) La loi n'impose pas aux experts l'obligation de faire enregistrer leur rapport avant de le déposer.
(6) Nîmes, 27 janvier 1880, S. 80, 2, 169.

du rapport; les honoraires des experts sont réglés par les articles 159 à 167 du tarif. Mais le troisième décret du 16 février 1807 s'applique aux honoraires des experts, comme aux autres frais et dépens et, en conséquence, dans les villes où siège une cour d'appel les vacations et frais de voyage des experts doivent être taxés au chiffre indiqué par le premier tarif pour Paris, diminués d'un dixième (1).

L'exécutoire des honoraires est délivré contre la partie qui a requis l'expertise ou contre celle qui l'a poursuivie si elle a été ordonnée d'office, sauf à cette partie à recourir contre son adversaire si elle gagne le procès. Si cette partie est insolvable, les experts peuvent-ils s'adresser à l'autre? Sans aucun doute, quand elles ont toutes deux provoqué l'expertise ou si les experts ont été nommés volontairement, car on peut alors appliquer l'article 2002 du Code civil qui prononce la solidarité des mandants vis-à-vis des mandataires, mais il en est autrement dans les autres cas, c'est-à-dire si les experts ont été nommés d'office ou sur la demande de l'une des parties, malgré l'opposition de l'autre qui a gagné ensuite son procès; ils n'ont pas alors action contre cette dernière (2).

Il s'agit maintenant de plaider sur les résultats de l'expertise. A cet effet, le rapport est levé et signifié par la partie la plus diligente, et l'audience est poursuivie sur un simple acte. Toute requête tendant à obtenir l'homologation ou le rejet du rapport devrait donc être rejetée de la taxe comme acte frustratoire; ce n'est que verbalement et à l'audience que le mérite du rapport peut être discuté. Suivant certains auteurs, une partie ne peut pas poursuivre l'audience sans avoir fait expédier ou signifier le rapport; le tribunal ayant jugé l'expertise nécessaire, il faut bien qu'il en connaisse le résultat. Cette solution peut être acceptée pour le cas où il s'agit d'une expertise ordonnée d'office, mais si elle a été demandée par l'une ou l'autre des parties, celles-ci peuvent y renoncer et, par cela même, s'abstenir de déposer le rapport des experts ou de le lever, sauf aux juges à se déterminer par d'autres éléments d'appréciation et même à tirer de l'inaction des parties la conclusion qu'elles reconnaissent l'impossibilité de justifier leurs prétentions (3).

Si le rapport des experts n'éclaire pas suffisamment le tribunal, celui-ci

(1) L'article 1er du décret de 1807 est en effet formel : « Le tarif des frais et dépens en la Cour d'appel de Paris, porte cet article, est rendu commun aux Cours d'appel de Lyon, Bordeaux, Rouen et Bruxelles. Toutes les sommes portées en ce tarif seront réduites d'un dixième pour la taxe des frais et dépens dans les autres cours d'appel. » Voy. cependant, en sens contraire, Chambéry, 21 novembre 1883, D. P. 84, 2, 121 et ma note sous cet arrêt. Voy. aussi Nancy, 4 décembre 1879, S. 81, 1, 13. L'opposition à la taxe des experts doit être portée à la chambre du conseil, sans qu'il y ait cependant nullité si l'incident est jugé en audience publique. Il faut toutefois, à peine de nullité, porter l'opposition à l'audience ordinaire lorsque l'opposant ne se borne pas à critiquer les allocations consenties à l'expert, mais soutient en outre qu'il n'est pas passible, vis-à-vis de cet expert, de la totalité des frais de l'expertise (art. 544 et 1042 C. pr.; premier décret du 16 février 1807, art. 159 et deuxième décret du même jour, art. 6). Lyon, 20 mars 1884, S. 85, 2, 131; civ. cass., 19 janvier 1886, S. 86, 1, 56.

(2) Civ. cass., 28 août 1876, S. 77, 1, 20; Bordeaux, 6 février 1884 et Lyon, 18 décembre 1885, S. 86, 2, 153.

(3) Req., 5 mars 1873, S. 73, 1, 407.

peut ordonner d'office une seconde expertise (art. 322 C. pr.) (1). Les parties auraient aussi le droit de demander une seconde expertise, sauf au tribunal à statuer souverainement. Mais, dans tous les cas, les seconds experts sont nécessairement nommés par le tribunal qui a le droit d'en désigner un ou trois (art. 322 C. pr.). Les experts choisis par les parties ont prouvé leur insuffisance ; cependant, la loi n'interdit pas au tribunal de les prendre comme seconds experts, elle laisse aux magistrats pleine liberté (2).

Les seconds experts doivent prêter serment comme les premiers ; ils ont le droit de demander des renseignements aux précédents experts ; il n'est pas nécessaire que le tribunal le leur concède (art. 322 C. pr.).

Les juges peuvent aussi, au lieu d'ordonner une nouvelle expertise, décider simplement que les experts compléteront leur rapport par des explications données à l'audience. La loi ne défend pas ce mode de procéder qui peut avoir l'avantage d'épargner aux parties des frais et des lenteurs. Ce procédé serait cependant peu pratique si les experts n'avaient pas été unanimes, car leurs explications feraient connaître leurs avis personnels. Les dispositions précédentes s'appliquent aussi bien au cas où la première expertise est insuffisante qu'à celui où elle est entachée de nullité. Mais s'il apparaissait, au cours de l'instruction, que d'autres faits, non compris dans le premier jugement, doivent aussi donner lieu à expertise, il s'agirait bien alors, pour ces mêmes faits, d'une première expertise qui, à ce titre, échapperait à l'application de l'article 322 du Code de procédure, de sorte que les experts pourraient être choisis par les parties suivant le droit commun.

Les experts ne donnant que de simples renseignements et leurs avis ne liant pas les juges (3), on en conclut qu'après avoir déclaré la première expertise insuffisante et en avoir prescrit une seconde, les juges peuvent néanmoins se décider ensuite conformément à l'avis des premiers experts, sans violer le principe de la chose jugée (4). De même, on admet que le juge peut consulter, à titre de simple renseignement, une expertise entachée de nullité (5). On a même décidé qu'un tribunal peut fonder sa décision sur les résultats d'une expertise à laquelle il a été procédé dans une autre instance, engagée d'ailleurs entre les mêmes parties (6).

La loi n'a pas dit quelles sont, dans l'expertise, les formalités prescrites à peine de nullité. Aussi est-on d'accord, en doctrine et en jurisprudence, pour décider que l'omission d'une formalité substantielle pourra seule entraîner nullité, à la différence d'une omission d'une formalité secondaire (7). Mais ensuite on est assez souvent en désaccord sur le point de savoir si telle forma-

(1) Civ. rej., 12 décembre 1899, D. P. 1900, 1, 361.

(2) Req., 8 novembre 1876, S. 77, 1, 76.

(3) Civ. rej., 12 juin 1899, D. P. 1900, 1, 39 ; civ. cass., 11 juillet 1899, D. P. 1900, 1, 395.

(4) Req., 30 avril 1877, S. 77, 1, 467.

(5) Voy. *Code de procedure civile annoté* sous l'article 323, n° 29 ; req., 6 décembre 1876, D. P. 77, 1, 351 ; req., 9 janvier 1877, D. P. 77, 1, 351 ; Dijon, 11 février 1881, S. 82, 2, 7 ; req., 21 juillet 1885, D. P. 86, 1, 318 ; req., 5 juin 1893, D. P. 94, 1, 123 ; civ. rej., 5 août 1895, D. P. 96, 1, 157.

(6) Alger, 29 mai 1886, D. P. 91, 1, 413 ; req., 20 novembre 1899, D. P. 1900, 1, 19 ; voy. cependant civ. cass., 24 décembre 1883, D. P. 84, 1, 203 et la note 2.

(7) Civ. cass., 5 janvier 1881, S. 81, 1, 345.

lité est substantielle ou accessoire. Ainsi, il est assez généralement admis que les parties doivent être présentes, ou tout au moins appelées aux opérations de l'expertise à peine de nullité, et cependant une autre doctrine, moins rigoureuse, n'admet pas la nullité, à moins que les experts n'aient procédé à un jour autre que celui qu'ils avaient fixé. A notre avis, l'expertise serait nulle pour omission d'une formalité substantielle ou d'une loi d'ordre public : si l'un des experts était incapable ou indigne ; s'il n'avait pas prêté serment ; si la partie n'avait pas été sommée d'être présente aux opérations ; si on ne lui avait pas fait connaître les lieux où le rapport serait fait. La jurisprudence a généralisé cette règle en décidant qu'en principe l'expertise pourra être annulée toutes les fois que l'irrégularité commise est de nature à porter atteinte aux droits de la défense (1). Au contraire, le défaut de mention de la remise du jugement aux experts, le fait d'avoir dicté le rapport à un tiers ou à un greffier autre que celui qui était compétent, celui d'avoir dressé plusieurs rapports au lieu d'un seul, l'indication des noms des experts qui ont émis les différents avis, n'entraîneraient pas nullité de l'expertise.

Les nullités de l'expertise doivent être proposées avant de plaider sur le fond ; le silence de la partie les couvrirait, à moins qu'il ne s'agisse d'une nullité d'ordre public, comme, par exemple, si l'un des experts était frappé de l'indignité de remplir cette fonction par application des articles 34 et 42 du Code pénal.

Le Code de procédure n'a pas abrogé les lois spéciales en matière d'enregistrement pour les expertises provoquées par la régie à l'effet de faire constater, soit la valeur vénale, soit le revenu des immeubles transmis à titre onéreux ou à titre gratuit (2). Il en résulte que les juges sont obligés d'ordonner l'expertise toutes les fois que l'administration requiert cette mesure d'instruction. En second lieu, les juges sont liés par l'avis des experts ; la loi a pensé qu'il y aurait quelque inconvénient à abandonner à l'appréciation des tribunaux, volontiers disposés à se prononcer contre le fisc, des évaluations délicates dans des matières où l'on fraude si souvent le trésor public. En troisième lieu, on a conservé la vieille forme de l'expertise, notamment la nomination d'un expert par chaque partie, puis l'adjonction d'un tiers arbitre en cas de partage (3). Si le tribunal estime que la première expertise est insuffisante, il peut ordonner une seconde expertise, mais les seconds experts sont nommés comme les premiers, et non pas d'office par le tribunal. C'est encore une conséquence de ce qu'on n'applique pas ici les dispositions du Code de procédure (4).

(1) Civ. cass., 19 octobre 1898, S. 99, 1, 32 ; req., 15 février 1899, S. 99, 1, 371.

(2) Civ. cass., 10 décembre 1884, S. 85, 1, 322. Voy. en cette matière : loi du 22 frimaire an VII, art. 17 et suiv. ; loi du 27 ventôse an IX, art. 6 ; avis du conseil d'État du 12 mai 1807 ; loi du 15 novembre 1808 ; loi du 23 août 1871, art. 15.

(3) Il conviendrait de mettre, tout au moins sur ce point, la loi de l'enregistrement en rapport avec le droit commun. C'est ce qu'a fait, pour l'hypothèse où le prix estimé ou la valeur n'excède pas 3 000 francs, la loi du 23 août 1871 (art. 5) en décidant qu'alors, dans tous les cas réglés par la loi du 22 frimaire an VII et par l'article 11 de la loi du 23 août relative aux baux, l'expertise sera faite par un seul expert nommé par toutes les parties ou, en cas de désaccord, par le président du tribunal sur simple requête.

(4) Civ. cass., 10 décembre 1884, S. 85, 1, 322.

### § 88. — Interrogatoire sur faits et articles et comparution personnelle (art. 324 à 337, art. 119 C. pr.).

Il peut arriver qu'une partie ne parvienne pas à faire la preuve de son droit par écrit ou par témoins ou par simple présomption du fait de l'homme, en supposant que ces derniers moyens de preuve soient permis par la loi. Il lui reste encore deux ressources, bien précaires d'ailleurs l'une et l'autre: c'est de faire interroger son adversaire, pour essayer d'en obtenir un aveu, ou de lui déférer le serment. Mais il est bien évident que si cet adversaire plaide de bonne foi, il ne fera aucun aveu, et que si on lui défère le serment il le prêtera sans scrupule. Quoi qu'il en soit, la loi a organisé deux procédures à l'effet d'obtenir un aveu : l'interrogatoire sur faits et articles (art. 324 et suiv. C. pr.) et la comparution personnelle (art. 119 C. pr.).

L'interrogatoire sur faits et articles a pour objet d'arriver à un aveu judiciaire provoqué par les questions du juge. Une ordonnance de Louis XII, de 1499 (art. 16), inspirée par le droit romain, prescrivait au demandeur de jurer par les Évangiles qu'il croyait sa demande bien fondée, et le défendeur devait jurer contre chaque article des écritures du demandeur. C'est ce qu'on appelait les réponses de *credit vel non*. Il paraît même que les juges se permettaient parfois de faire garder à vue la partie dans sa maison, de l'y consigner jusqu'à ce qu'elle ait fait ses réponses et serments. Ces pratiques, fondées sur de vieux usages locaux, furent déclarées abusives par plusieurs arrêts du parlement de Paris, notamment par un arrêt du 10 mai 1535. La célèbre ordonnance de François Ier, de 1539 (art. 37), abrogea ce système de réponses obligatoires de *credit vel non credit* et mit à la place, pour les parties, la faculté de se faire interroger respectivement sur faits et articles. Mais la partie interrogée devait, au préalable, prêter serment, ce qui avait l'inconvénient de la placer entre sa conscience et son intérêt et de lui infliger une sorte de torture morale; en outre, la partie interrogée ne pouvait répondre que par oui ou non, sans autres explications, ce qui rendait l'interrogatoire obscur ou inutile; enfin, il y avait amende de 20 livres comme peine de chaque fait mensonger, ce qui produisait souvent des contestations au cours du procès principal. L'ordonnance de 1667 a supprimé toutes ces restrictions, sauf le serment ; mais elle voulait que le silence de la partie ou son défaut fût nécessairement considéré comme un aveu. Le Code de procédure, en cette matière, a introduit deux améliorations : le serment est définitivement supprimé; en cas de défaut ou de silence de la partie qui doit être interrogée, les tribunaux jouissent d'un pouvoir souverain d'appréciation et peuvent tenir ou non les faits pour reconnus suivant leur conviction (1). Mais le défaut ou le silence de la partie ne peut être considéré comme un aveu que

(1) Voy. la jurisprudence dans *Jur. gén.*, *Suppl.* vo *Interrogatoire sur faits et articles*, no 44; Chambéry, 31 janvier 1881, S. 81, 2, 131; req., 26 janvier 1885, S. 85, 1, Cas. Jugé avec raison que la loi n'exclut, dans aucun cas, l'aveu en matière de bail et que, dès lors, il y a lieu d'appliquer l'article 330 qui permet aux juges de tenir le fait pour avéré, si la partie interrogée ne comparaît pas ou refuse de répondre. Req., 26 janvier 1885, D. P. 85, 1, 234 et ma note sous cet arrêt.

dans les cas et dans la mesure où la loi admet cette preuve et, par exemple, le juge ne pourrait pas se fonder sur ce défaut ou ce silence pour tenir comme reconnus les faits qui prouveraient contre et outre le contenu aux actes écrits.

L'interrogatoire sur faits et articles tend à un aveu judiciaire, c'est-à-dire à la reconnaissance en justice d'un fait de nature à produire des conséquences juridiques contre celui de qui il émane (1).

Pour que l'aveu judiciaire fasse pleine preuve, il faut qu'il émane d'une personne capable de disposer de ses droits. Aussi, un mineur émancipé peut être interrogé sur des faits d'articles relatifs à son administration, parce que dans cette mesure il a la capacité d'un majeur. Tout mineur, même non émancipé, peut être interrogé sur ses délits et quasi-délits, car il est capable de s'obliger en pareil cas. De même, une femme séparée de biens (2) pourra être interrogée sans autorisation dans la mesure où elle a le droit d'agir seule ; de même encore un tuteur, pourvu qu'il s'agisse de faits qui lui soient personnels.

D'un autre côté, l'interrogatoire ne doit être admis qu'autant que la loi autorise la preuve par l'aveu. Le tribunal devrait refuser l'interrogatoire sur faits et articles, s'il s'agissait d'établir une filiation adultérine ou incestueuse ou encore en cas de demande de séparation de biens, pour prouver la mauvaise administration du mari (art. 870 C. pr.) (3).

Quand l'aveu émane d'un mandataire, il ne fait foi qu'autant que le mandant avait donné pouvoir spécial à cet effet (art. 1356 C. civ.). L'avoué lui-même ne peut pas faire d'aveu sans cette autorisation, seulement sa qualité même fait présumer qu'il a le pouvoir de faire un aveu. Aussi quand un avoué fait, pour sa partie, un aveu sans en avoir reçu le mandat, cet aveu produit néanmoins effet, tant que la partie ne le fait pas tomber par une procédure spéciale, celle du désaveu.

Quant aux aveux faits par les avocats, ils n'ont aucune force, car les avocats ne sont pas les mandataires des parties (4), à moins que ces aveux ne soient faits en présence des parties ou de leurs avoués, auxquels cas ils sont censés faits par les parties elles-mêmes ou par leurs avoués, si les parties ou leurs avoués ne les désavouent pas immédiatement.

Quelquefois, une partie en interpelle directement une autre à l'audience, et celle-ci ne répond pas. Dans ce cas, ce silence ne constitue pas un aveu tacite, car on n'est jamais forcé de répondre aux questions posées direc-

(1) L'aveu extrajudiciaire ne fait preuve qu'autant qu'il est lui-même établi en justice et que la dette ne dépasse pas 150 francs (art. 1355 C. civ.). Si au lieu d'être prouvé, il est réitéré en justice, alors il devient judiciaire. Enfin, la loi n'ayant pas déterminé ses caractères, il n'y aurait pas lieu à pourvoi en cassation, si les juges avaient divisé un aveu extrajudiciaire, tandis que l'aveu judiciaire est indivisible d'après le Code civil. On considère comme extrajudiciaire l'aveu fait en conciliation et constaté par le juge de paix. Mais celui qui a lieu devant un tribunal incompétent est judiciaire.

(2) Mais l'autorisation donnée à la femme de comparaître en justice comporte celle d'être interrogée.

(3) S'il existait une incapacité de donner ou de recevoir entre les parties, par exemple si un père avait fait un aveu dans un procès engagé avec son fils naturel, il appartiendrait au juge d'examiner si cet aveu est sérieux ou s'il implique une libéralité déguisée.

(4) Req., 28 mai 1894, D. P. 94, 1, 533.

tement par l'adversaire et, par cela même, en dehors des formes établies par la loi pour obtenir un aveu.

L'aveu judiciaire, valablement fait, présente trois caractères. En premier lieu, il vaut preuve. Cet aveu fait pleine foi contre la partie de qui émane, mais ce n'est pas nécessairement au profit de l'autre partie. Toutefois cet aveu n'a qu'un effet relatif, comme les jugements eux-mêmes ; en dehors de l'instance dans laquelle l'aveu est intervenu, il perd son caractère et sa force d'aveu judiciaire (1), mais il ne faudrait pas en conclure que toute force lui soit désormais refusée. Il joue, dans une autre instance, le rôle d'un aveu extrajudiciaire dont la preuve est faite, et comme le juge est le maître d'attacher une importance décisive à l'aveu extrajudiciaire, la partie qui invoque l'aveu en sa faveur pourra ne rien perdre à ce changement de nature de l'aveu.

En second lieu, l'aveu est indivisible (art. 1356 C. civ.). La déclaration est une; il faut la tenir pour vraie ou pour fausse, s'en rapporter à celui qui l'a faite ou n'en pas tenir compte, mais il y aurait contradiction à vouloir accepter ce qui est favorable dans un aveu et rejeter ce qui est défavorable (2). L'indivisibilité de l'aveu n'est pas douteuse, lorsque la connaissance porte sur un seul fait auquel on ajoute des circonstances se rattachant directement à ce fait et pouvant le modifier dans ses conséquences. Exemple : j'avoue que j'ai emprunté, mais j'ajoute que le prêt porte sur une somme inférieure à celle réclamée ou qu'il n'est pas productif d'intérêts. La question devient beaucoup plus délicate, lorsque la restriction contenue dans la déclaration consiste dans l'allégation d'un fait postérieur et indépendant du fait avoué, mais qui a une influence directe sur le premier fait. Tel est le cas où une personne avoue qu'elle a emprunté, mais ajoute qu'elle a remboursé. Il semble qu'ici l'aveu devrait être divisible, puisqu'il se rapporte à deux faits distincts, de sorte que l'adversaire aurait le droit de se prévaloir de la première partie de l'aveu sans tenir aucun compte de la seconde. Cependant Pothier décide le contraire, en prenant précisément comme exemple d'indivisibilité de l'aveu celui que nous venons de choisir, et ce qui autorise à croire que les rédacteurs du code ont voulu reproduire cette doctrine, c'est qu'ils en ont fait une application en matière de dépôt dans l'article 1924 du Code civil. Il y a donc encore indivisibilité toutes les fois que le second fait suppose nécessairement l'existence du premier. Il en est autrement si ce lien n'existe pas entre les deux faits successifs (3), comme par exemple si une personne avoue qu'elle est débitrice, mais allègue en même temps une compensation.

Le troisième caractère de l'aveu, c'est d'être irrévocable (art. 1356 C. civ.); mais ici se présente une question assez délicate, celle de savoir si la partie

(1) Req., 13 décembre 1886, D. P. 87, 1, 386; civ. cass., 9 janvier 1889, D. P. 90, 1, 125. Conclusions de M. l'avocat général Desjardins sous Cass., 27 novembre 1883, S. 85 1, 55. Aubry et Rau, t. VIII, p. 168, § 751, note 7.

(2) Voy. sur l'indivisibilité de l'aveu les nombreux arrêts cités sous l'article 1356 du *Code civil annoté, supplément;* Aubry et Rau, t. VIII, p. 178, § 751. Larombière, sur l'art. 1356.

(3) Req., 19 juin 1839, S. 39, 1, 462; Caen, 25 avril 1842, S. 42, 2, 374.

qui a fait un aveu en justice ne peut pas le rétracter tant que l'adversaire ne l'a pas accepté. Cette question est étrangère au cas où l'aveu est fait dans un interrogatoire sur faits et articles ou dans une comparution personnelle, car, par cela même que cette mesure d'instruction a été ordonnée, la partie adverse a été considérée comme acceptant à l'avance tous les aveux qui pourront être faits dans l'une ou l'autre de ces procédures. On a en vue ici le cas assez fréquent où, en dehors de tout interrogatoire, une partie ou son représentant fait spontanément un aveu en justice.

Suivant une certaine opinion, l'aveu, même spontané, est parfait et ne peut plus être rétracté dès que la déclaration a été faite ; il n'est pas nécessaire que l'adversaire ait manifesté l'intention de l'accepter. C'est, dit-on, la conséquence de ce que l'aveu est un acte unilatéral ; l'échange des consentements n'est pas nécessaire ; l'acceptation de l'aveu ne fait pas que l'aveu soit plus ou moins vrai.

Cette première solution est pleine de périls pour les parties : il est dangereux de ne pas permettre de revenir immédiatement sur des paroles peut-être proférées à la légère ou sur les termes d'une requête échappés à l'inexpérience d'un clerc, tant que la partie adverse n'en a pas pris acte. Aussi, dans la pratique, exige-t-on très généralement cette condition et c'est aussi la solution adoptée par la Cour de cassation (1). Tant que l'adversaire n'a pas pris acte de l'aveu, celui qui l'a fait peut donc se rétracter et c'est à tort qu'on lui reproche de se contredire et de nier le fait après l'avoir reconnu. En se rétractant, en effet, cette partie ne nie pas qu'elle a avoué, mais elle prétend que sa rétractation doit avoir pour effet d'empêcher l'adversaire de profiter de l'aveu. Déjà, autrefois, Pothier, dans son *Traité des obligations* (n° 797), voulait que le juge donnât acte de l'aveu (2).

Il va sans dire qu'on peut toujours rétracter un aveu même accepté, s'il est entaché d'un vice d'erreur ou de violence, de dol ou d'incapacité. Mais il faut qu'il s'agisse d'une erreur de fait et non d'une erreur de droit ; par exemple, un débiteur ne pourrait pas demander la nullité de son aveu en soutenant qu'il croyait que sa dette n'était plus aujourd'hui soumise à la contrainte par corps.

L'interrogatoire sur faits et articles peut être demandé en toute matière, à la condition que la partie soit capable de faire un aveu et que la loi n'interdise pas la preuve du fait. Mais le tribunal n'est jamais obligé d'ordonner l'interrogatoire demandé, et il jouit sous ce rapport d'un pouvoir d'appréciation souverain (3). Ainsi, la recherche de la paternité étant prohibée, on ne peut pas provoquer l'interrogatoire du prétendu père (4).

L'interrogatoire peut être ordonné sans qu'il y ait lieu de rechercher si la

(1) Req., 9 juin 1863, D. P. 64, 1, 483 ; Orléans, 22 janvier 1880, S. 82, 1, 330.

(2) Il ne faudrait pas en conclure que l'aveu spontané soit une sorte de transaction, car il constitue un acte unilatéral, même dans le système de ceux qui exigent qu'on en prenne acte. On admet aussi que l'aveu non accepté interrompt la prescription, ce qui semble contradictoire.

(3) Req., 15 avril 1874, S. 75, 1, 345.

(4) L'article 1715, qui permet seulement de déférer le serment à la partie qui nie le bail verbal, ne s'oppose pas à ce qu'on puisse provoquer son interrogatoire. Cass., 26 janvier 1885, D. P. 85, 1, 234.

preuve testimoniale est permise ou défendue, et même dans les cas où l'ordre public est intéressé, à la condition que l'aveu ne soit pas interdit par la loi et sauf, dans ces derniers cas, à n'avoir pour les aveux que tel égard que de raison. C'est ce qui résulte bien de l'article 324 du Code de procédure qui autorise l'interrogatoire en toutes matières, par conséquent même dans celles où l'aveu ne suffit pas pour faire preuve entière, comme en cas de séparation de corps : l'interrogatoire peut toujours donner des renseignements précieux. Mais il est bien entendu qu'il doit, comme l'enquête, porter sur des faits pertinents, c'est-à-dire de nature à influer sur la décision.

De plus, bien que notre article ne le dise pas, ces faits doivent être personnels à la partie; quand on est interrogé sur le fait d'autrui, on devient témoin.

Sous ces conditions, on peut être interrogé, même sur des faits de nature à compromettre l'honorabilité de celui qui les avoue. Dans notre ancien droit, l'interrogatoire était interdit toutes les fois que les faits pouvaient entraîner une répression contre l'interrogé ou entacher son honorabilité, parce qu'à cette époque, on s'en souvient, cette partie devait prêter serment de dire vérité, de sorte qu'elle aurait été placée dans l'alternative de s'accuser ou de se parjurer. Lors de la confection du Code de procédure, plusieurs cours d'appel demandèrent qu'une partie ne pût pas être interrogée sur des faits de cette nature, mais le Conseil d'État repoussa ce projet, et avec raison, précisément parce qu'aujourd'hui la partie interrogée n'est plus obligée de jurer de dire vérité.

L'interrogatoire peut être demandé par chacune des parties, par le demandeur, par le défendeur, par l'intervenant, mais non par le ministère public, à moins qu'il ne soit partie principale.

De ce que l'article 325 du Code de procédure porte que « l'interrogatoire ne pourra être ordonné que sur requête », on conclut que le tribunal n'a pas le droit de l'ordonner d'office; mais il est bien entendu qu'il peut toujours prescrire d'office la comparution personnelle pour laquelle n'existe pas un texte semblable. On a aussi soutenu que l'interrogatoire sur faits et articles était interdit aux tribunaux de commerce, mais c'est là, à notre avis, une erreur et, bien au contraire, l'article 428 du Code de procédure paraît autoriser l'interrogatoire sur faits et articles et la comparution personnelle au choix de ces tribunaux. Au contraire, la procédure de l'interrogatoire sur faits et articles ne se concilie pas avec la procédure des juges de paix, ni avec celle des conseils de prud'hommes qui ont seulement la comparution personnelle à leur disposition.

L'interrogatoire peut être demandé en tout état de cause jusqu'à la clôture des débats, sauf au tribunal à apprécier. Une partie peut demander un second interrogatoire après un premier, soit qu'il porte sur des faits différents, soit même qu'il porte sur les premiers faits. La loi n'établit aucune restriction. De même, comme il est permis de recourir en appel à des moyens de preuve dont on ne s'est pas servi en première instance, rien ne s'oppose à ce que l'interrogatoire soit demandé pour la première fois en cause d'appel (1).

(1) Douai, 11 juillet 1878, S. 80, 2, 130.

Mais l'interrogatoire ne peut être demandé ni ordonné après la clôture des débats; c'est encore là une application du droit commun (1).

La procédure d'interrogatoire ne se relie pas à l'affaire de la même manière que les autres incidents. Ceux-ci s'ouvrent, en général, par un acte d'avoué à avoué, mais si l'on procédait ainsi, la partie qui doit être interrogée serait immédiatement mise au courant des faits et pourrait préparer ses réponses. Aussi la loi veut-elle que le demandeur à l'interrogatoire adresse directement au tribunal une requête contenant les faits (art. 325 C. pr.). Le tribunal examine la requête en chambre du conseil et rend un jugement qui admet ou rejette l'interrogatoire; ce jugement doit être prononcé à l'audience (art. 325 C. pr.). Mais tout cela se fait en l'absence de l'adversaire. La requête ne lui est pas signifiée et ne lui est notifiée que plus tard avec le jugement et l'ordonnance du juge-commissaire (art. 79 du tarif civil). Aussi le jugement ordonnant l'interrogatoire est-il parfois appelé par la loi elle-même (voy. art. 329 C. pr.) ordonnance, parce qu'il se rapproche de l'ordonnance sur requête rendue en l'absence de tout adversaire.

Le jugement qui ordonne ou refuse un interrogatoire sur faits et articles est-il susceptible de voies de recours? Peu de questions ont donné lieu à plus de divergences dans la jurisprudence (2). Dans un premier système on se fonde sur ce que ce jugement préjuge le fond et est par cela même interlocutoire, pour soutenir qu'il est susceptible d'opposition de la part de la partie qui doit être interrogée et même d'appel, si l'affaire comporte cette voie de recours. Dans une seconde opinion, on se rapproche déjà de la vérité en refusant l'opposition, parce qu'en effet on ne peut pas dire que le défendeur à l'interrogatoire ait fait défaut, puisqu'il n'a pas été appelé, mais on lui accorde la voie de l'appel, si l'affaire comporte cette voie de recours au fond seulement; si l'on décide que le jugement est préparatoire, on n'autorise l'appel qu'autant que le jugement sur le fond est lui-même attaqué par cette voie de recours. Dans une troisième opinion, on décide plus justement que ce jugement n'est susceptible d'aucune voie de recours: ni d'opposition, car il n'y a pas eu défaut, la partie n'ayant pas été appelée; ni d'appel, car la loi assimile ce jugement à une ordonnance sur requête et lui donne même ce nom dans l'article 329 du Code de procédure, or les ordonnances sur requête ne comportent pas cette voie de recours. Le jugement relatif à l'interrogatoire est bien certainement interlocutoire, mais il présente cette particularité de n'être ni par défaut, ni contradictoire. Il est, si l'on peut ainsi dire, unilatéral, comme l'ordonnance sur requête. On se souvient, en effet, que le demandeur à l'interrogatoire s'adresse directement au tribunal par requête, son adversaire est mis, au début et avec intention, hors de cet incident. C'est la conséquence de ce que la loi veut que la partie qui doit être interrogée n'ait pas connaissance de cet incident avant le jugement qui ordonne l'interrogatoire, pour qu'elle n'ait pas le temps de préparer ses réponses à l'avance.

(1) Paris, 11 mars 1884, S. 84, 2, 79.

(2) Voy. la note au D. P. 1870, 2, 187 où se trouve relatée la jurisprudence; ajoutez *Jur. gén.*, v° *Interrogatoire sur faits et articles*, n° 26 et *Code de procédure civile annoté* sous l'article 325, n° 33.

Il va sans dire que, si le jugement ordonnant l'interrogatoire n'est susceptible d'aucune voie de recours, la même solution s'impose pour le jugement qui refuse l'interrogatoire; autrement, l'égalité serait rompue entre les parties. D'ailleurs, en fait et fort souvent (mais non pas toujours) aucun intérêt n'est lésé : si la requête est rejetée, le demandeur pourra la réitérer lors de l'appel de la décision du fond; si l'interrogatoire est ordonné, la partie interrogée est toujours libre de ne pas répondre et, pour justifier sa résistance en première instance ou en appel, d'invoquer à ses risques et périls les raisons qu'elle aurait eu à invoquer dans un recours dirigé contre le jugement, si ce jugement avait pu être attaqué.

Après avoir rendu un grand nombre d'arrêts en sens divers, la jurisprudence des cours d'appel paraît avoir définitivement adopté cette dernière solution sous l'influence de la Cour de cassation qui l'a consacrée par un arrêt du 9 février 1857 (1). Constatons tout de suite que cette question ne se présente pas pour le jugement qui ordonne une comparution personnelle, parce qu'aucune partie de cette seconde procédure n'est tenue secrète et que, par conséquent, il n'y a pas non plus de raison pour s'écarter du droit commun au point de vue des voies de recours.

Le jugement ordonnant l'interrogatoire est rendu à l'audience et désigne le juge devant lequel il sera procédé à l'interrogatoire. Si le jugement ne contenait pas cette disposition, alors ce serait le président qui devrait procéder à l'interrogatoire ou déléguer un autre juge à sa place par ordonnance. Le texte de l'article 325 du Code de procédure suppose même que les choses se passent toujours ainsi; mais il n'est pas douteux que le tribunal peut et doit directement nommer, dans son jugement, le juge chargé de recevoir l'interrogatoire. En cas d'éloignement de la partie, le président, aux termes de l'article 326, peut commettre le président du tribunal dans le ressort duquel la partie réside ou le juge de paix du canton de cette résidence. Cet article, comme on le voit, suppose aussi que c'est le président qui commet le président d'un autre tribunal, mais il est hors de doute que le tribunal pourrait faire lui-même la désignation.

Bien que la loi ne le dise pas, il est certain que le jugement doit indiquer les faits sur lesquels portera l'interrogatoire, mais sans les détailler (2).

Le demandeur ayant obtenu l'interrogatoire doit s'adresser au juge commis pour que celui-ci fasse connaître par ordonnance les jour et heure auxquels il procédera à l'interrogatoire. On admet généralement, en doctrine et en pratique, que cette ordonnance du juge-commissaire doit être provoquée par une requête d'avoué, mais dans le silence du tarif civil il est tout aussi régulier d'adresser une demande verbale. Ce qui prouve qu'une requête n'est pas nécessaire, c'est qu'aux termes de l'article 327 le juge-commissaire met son ordonnance au bas du jugement qui l'a nommé et non au bas d'une requête. Aucun délai n'est imparti au demandeur à l'interroga-

(1) Voy. aussi Dijon, 5 janvier 1870, D. P. 70, 2, 137 ; Caen, 23 juin 1879, S. 79, 2, 332. Cpr. *Code de procédure civile annoté*, sous l'article 325, n° 33 ; Cour supérieure du Luxembourg, 13 mai 1892, D. P. 94, 2, 483 ; Nîmes, 27 janvier 1896, D. P. 96, 2, 167.

(2) Il s'est cependant établi sur ce dernier point un usage contraire dans certains tribunaux.

toire pour provoquer cette ordonnance, mais le tribunal peut toujours en fixer un dans son jugement, sans toutefois que ce délai emporte déchéance et, en outre, si le demandeur restait trop longtemps inactif, le tribunal pourrait plus tard rejeter l'interrogatoire comme tardif et inutile.

Le juge ne dresse pas procès-verbal de réquisition de son ordonnance (art. 327 C. pr.); il doit fixer dans cette ordonnance un jour assez éloigné pour que la partie ait le temps d'être citée et puisse comparaître. En cas d'empêchement de la partie de se rendre, le juge se transporte au lieu où elle est retenue à la condition que ce lieu soit dans le ressort du tribunal auquel le juge appartient (art. 328 C. pr.); autrement, il faudrait solliciter du président une commission rogatoire. Le juge pourrait aussi fixer un autre jour pour l'interrogatoire.

Jusqu'ici, comme on le voit, la partie dont le tribunal a ordonné l'audition n'a reçu aucune connaissance du jugement; il est temps de l'en instruire, mais il ne faut pas lui donner un trop long délai, de peur qu'elle ne cherche à en profiter pour préparer des réponses mensongères. Aussi, d'après l'article 329 du Code de procédure, il suffit de signifier vingt-quatre heures au moins avant l'interrogatoire, par huissier commis, à personne ou domicile du défendeur avec assignation, la requête du demandeur, le jugement du tribunal et l'ordonnance du juge-commissaire. C'est la première connaissance officielle qui lui est donnée de l'interrogatoire; mais il est assez maladroit de comprendre, dans cette signification, le jugement ordonnant l'interrogatoire, car ce jugement indique les faits sur lesquels la partie sera interrogée et permet ainsi à cette partie de préparer ses réponses.

Le délai de vingt-quatre heures, avant lequel la partie doit être prévenue, se calcule d'heure à heure, mais, par analogie de ce qu'on décide pour les délais de jour, il faut exclure l'heure pendant laquelle la signification a eu lieu. La loi veut aussi que cette signification soit faite par un huissier commis, pour que la remise soit mieux assurée et, si elle était faite par un autre huissier, il y aurait nullité, mais cette nullité serait couverte par le fait de la partie de comparaître sans protestation devant le juge-commissaire.

Si l'assigné ne comparaît pas, ou comparaît mais refuse de répondre, il en est dressé procès-verbal sommaire et les faits peuvent être tenus pour reconnus; les juges ont, à cet égard, un pouvoir discrétionnaire (art. 330 C. pr.) (1). L'ordonnance de 1667 était plus rigoureuse : en cas de silence de la partie, les juges étaient obligés de tenir les faits pour reconnus. Il va sans dire que dans le cas où l'aveu formel de la partie ne ferait pas preuve complète, par exemple parce que la matière intéresserait l'ordre public, cette preuve complète ne saurait, à plus forte raison, s'induire de son refus de comparaître ou de répondre. Si l'assigné indique pour le jour de l'interrogatoire un empêchement légitime, alors le juge en fixe un autre, mais il n'est plus besoin d'une nouvelle assignation (art. 332 C. pr.). La partie doit faire présenter ses excuses par son avoué; une simple lettre pourrait ne pas paraître suffisante.

(1) Paris, 24 février 1865, D. P. 65, 1, 141; Chambéry, 31 janvier 1881 dans *Jur. gén.*, *Suppl.*, v° *Interrogatoire sur faits et articles*, n° 44.

Lorsque la partie, après avoir fait défaut sur l'assignation, se présente avant la clôture des débats, elle peut encore être interrogée, mais, comme elle est en faute, à charge de payer définitivement, c'est-à-dire même pour le cas où elle gagnerait le procès, les frais du premier procès-verbal et de la signification (art. 331 C. pr.). Elle serait même admise à subir l'interrogatoire en cause d'appel si elle s'était laissé condamner par le tribunal, faute de l'avoir subi ; la loi ne prononce pas ici la déchéance et les déchéances sont de droit étroit. Ces dispositions sont tout à fait malencontreuses, car elles permettent à la partie, moyennant un léger sacrifice, de prendre tout son temps pour préparer ses réponses. Aussi, comme l'article 331 du Code de procédure est de pure faveur et ne parle que du cas de défaut, il semble bien qu'on ne doive pas l'étendre au cas de refus de répondre.

Il pourrait aussi arriver que l'interrogatoire ayant été ordonné, la partie n'ait pas été avertie et alors elle aurait le droit d'attaquer le jugement sur le fond.

Ces particularités écartées, prenons le cas normal et ordinaire : au jour fixé par le juge-commissaire, la partie qui doit être interrogée se présente devant le magistrat (art. 333 et 334 C. pr.). La loi veut que la partie vienne en personne, sans assistance d'avoué ni d'avocat. Elle ne peut pas non plus lire aucun projet écrit. L'interrogatoire a lieu à huis clos et même en l'absence de l'adversaire. Enfin, on se rappelle que la partie a été prévenue à l'avance des faits sur lesquels elle sera interrogée, ce qui lui permet, avant de venir, de consulter son avoué et son avocat et de préparer ses réponses. Si l'on remarque, de plus, que celui qui est interrogé l'est en la chambre du conseil, sans la publicité et la solennité de l'audience, que son adversaire n'est pas présent pour relever les mensonges, on sera bien obligé de reconnaître qu'il existe beaucoup de chances de ne pas arriver à la découverte de la vérité.

Cependant, la loi elle-même a apporté quelques remèdes aux inconvénients que nous venons de signaler, en défendant les réponses écrites, l'assistance d'un conseil et surtout en permettant au juge d'interroger d'office sur des faits autres que ceux contenus dans la requête. Il résulte de là qu'en pratique ce dernier mode de procéder, qui devrait être accessoire d'après la loi, devient principal : la partie qui veut faire interroger son adversaire fait insérer dans sa requête et dans le jugement des faits à peu près insignifiants ; puis elle fournit officieusement au juge-commissaire des indications sur des faits importants et sur lesquels l'interrogatoire sera alors imprévu.

Une fois l'interrogatoire achevé, le juge le fait lire à la partie et interpelle celle-ci à l'effet de reconnaître si elle a dit la vérité. Si la partie ajoute de nouvelles réponses, on les mentionne en marge ou à la suite de l'interrogatoire et on en donne également lecture ; enfin le juge fait signer le tout à la partie ; si elle ne peut ou ne veut signer, on le mentionne (art. 334 C. pr.).

Le procès-verbal doit être signé du juge et du greffier ; la loi ne le dit pas, mais c'est l'application du droit commun. Ce procès-verbal est déposé au greffe et celui qui a requis l'interrogatoire le lève et le signifie à son adversaire ; il peut toutefois s'en dispenser s'il veut abandonner cet incident, par exemple parce que cet interrogatoire n'a donné aucun résultat. Dans tous

les cas, on revient à l'audience par un simple avenir; la loi ne veut pas que les avoués rédigent des requêtes pour discuter les résultats de l'interrogatoire; cette discussion ne peut que faire l'objet de plaidoiries.

La loi ne parlant pas des frais de l'interrogatoire, on les mettra à la charge du perdant, à la différence de ce qui avait lieu dans l'ancien droit, où ils étaient toujours supportés par celui qui avait requis l'interrogatoire.

L'interrogatoire sur faits et articles ne peut s'appliquer qu'aux parties en cause; on ne saurait interroger des tiers : ce serait un moyen commode d'éviter la procédure de l'enquête ou même d'introduire la preuve testimoniale dans les cas où elle est défendue par la loi. De ce principe, il résulte que quand une personne morale est en cause, l'interrogatoire devient impossible; le législateur a cependant reculé devant cette conséquence et il a organisé pour ce cas une sorte d'interrogatoire d'une nature spéciale dans l'article 336 du Code de procédure. Cet article ne parle, il est vrai, que des établissements publics; mais on n'a jamais fait difficulté pour reconnaître que ce texte est trop étroit et qu'il doit s'appliquer à toutes les personnes civiles, État, départements, communes, établissements d'utilité publique, sociétés de commerce et même aux réunions de personnes qui procèdent collectivement, comme une société civile à laquelle on ne reconnaît pas la personnalité ou encore la masse des créanciers d'une faillite. En pareil cas, la personne morale contre laquelle est dirigée l'interrogatoire doit nommer un administrateur ou un agent « pour répondre sur les faits et articles communiqués ». L'interrogatoire ne peut donc être subi que par un administrateur ou un agent qui reçoit à cet effet un mandat spécial. Cet administrateur ou agent n'agit pas en effet en son nom personnel, et comme il n'est pourtant pas non plus un témoin, il n'est pas tenu de prêter serment. D'ailleurs, l'administrateur ne peut pas être interrogé verbalement du chef de la personne civile, mais seulement sur les faits qui lui sont personnels. Les questions relatives à la personne civile elle-même lui sont remises à l'avance par écrit et les réponses sont préparées par ceux qui ont qualité à cet effet, de sorte que le rôle de l'administrateur ou agent se borne à la lecture de ces réponses écrites. C'est encore là une grave dérogation au droit commun qui interdit, on s'en souvient, de lire des réponses préparées à l'avance.

Lorsque le procès concerne une société anonyme ou la masse des créanciers d'une faillite, l'interrogatoire se fait en la personne d'un administrateur ou du syndic. S'agit-il d'une société en nom collectif, on peut faire interroger tous ses membres dans la forme ordinaire ou l'administrateur désigné par eux dans la forme de l'article 336 du Code de procédure. Il en est de même lorsqu'il s'agit d'une société en commandite, avec cette particularité que l'interrogatoire ne peut être subi que par les associés qui ont qualité à l'effet d'administrer; s'il s'agit de faits sur lesquels ils ont droit d'acquiescer, leurs déclarations valent comme aveu contre la société. Dans le cas contraire, le juge en tient tel compte que de raison et il faut donner les mêmes solutions pour le cas de société en nom collectif.

Les résultats de l'interrogatoire varient suivant les réponses qui ont été faites. Si la partie a refusé de répondre, son silence peut être considéré

comme un aveu (art. 330 C. pr.) (1). Nous avons déjà vu qu'il en est de même dans le cas où elle n'a pas comparu.

Parfois, celui qui doit être interrogé comparaît et répond, mais ses réponses sont en sa faveur; il n'en peut pourtant pas tirer profit, car on ne saurait se créer ainsi des titres à soi-même.

Si les réponses de l'interrogé sont des aveux favorables à l'autre partie, elles font pleine foi, pourvu qu'on soit dans un des cas où la loi permet la preuve au moyen de l'aveu.

Enfin, quand il n'y a pas d'aveu explicite, mais des contradictions, des hésitations, des affirmations sur des faits contestés, des dénégations sur des faits constants, le tribunal peut, dans les matières où la preuve testimoniale est admise, puiser dans ces faits des présomptions qui détermineront sa conviction.

Le procès-verbal de l'interrogatoire peut aussi être considéré comme un commencement de preuve par écrit qui autorise la preuve testimoniale. Si la partie a signé cet interrogatoire, le procès-verbal émane bien, pour partie du moins, de celui qui a été interrogé, et, s'il contient des déclarations qui rendent vraisemblables le fait allégué, il y a commencement de preuve par écrit dans le sens de l'article 1347 du Code civil. Lorsque la partie n'a pas signé, il y a encore commencement de preuve par écrit, mais par application de l'article 1320 du Code civil, aux termes duquel les énonciations étrangères à la disposition principale d'un acte authentique ou seing privé produisent cet effet. La jurisprudence a été souvent saisie de cette question et est depuis longtemps fixée en ce sens (2).

La loi n'ayant pas prononcé la peine de la nullité en matière d'interrogatoire sur faits et articles, celle-ci ne sera encourue qu'autant qu'on aura omis une formalité substantielle, comme par exemple : si l'interrogatoire n'a pas été demandé par requête (art. 325 C. pr,); s'il y a été procédé à l'audience du tribunal (art. 325 C. pr.); si le défendeur à l'interrogatoire n'a pas reçu, au moins vingt-quatre heures à l'avance, les significations de l'article 329; si l'interrogé a répondu par mandataire ou par écrit ou en présence de son conseil (art. 333 C. pr.); si l'interrogatoire n'a pas été lu à la partie (art. 334 C. pr.).

La loi a organisé une seconde procédure à l'effet d'obtenir un aveu : c'est la comparution personnelle, qui ne présente pas les inconvénients de l'interrogatoire sur faits et articles et qui en diffère sous plusieurs rapports. La comparution personnelle a lieu à l'audience, en présence de l'adversaire et du public (3); la partie est interrogée par le tribunal et sans qu'on la pré-

(1) Paris, 24 février 1865, D. P. 65, 2, 141; Toulouse, 18 janvier 1866, D. P. 66, 2, 6.

(2) Cass., 14 janvier 1868, S. 71, 2, 264; Bordeaux, 2 mars 1871, S. 71, 2, 221; req., 2 janvier 1872, S. 72, 1, 129; Paris, 13 juin 1872, S. 74, 2, 37; Montpellier, 8 février 1876, S. 76, 2, 295; Dijon, 12 mai 1876, S. 76, 2, 300; Rennes, 26 février 1879, S. 80, 2, 215; req., 1er décembre 1880, S. 81, 1, 357; req., 14 février 1900, D. P. 1900, 1, 287.

(3) La comparution personnelle pourrait aussi avoir lieu, en outre, en la chambre du conseil. L'article 428 du Code de procédure le dit formellement pour les tribunaux de commerce et on ne voit pas pour quel motif il en serait autrement en matière civile. Civ. cass., 12 mars 1879, S. 79, 1, 346; civ. rej., 29 janvier 1896, D. P. 96, 1, 556.

vienne à l'avance des questions qui lui seront posées. La comparution personnelle peut être ordonnée d'office, tandis que l'interrogatoire sur faits et articles ne peut être ordonné que sur requête. Dans la comparution personnelle, les deux parties peuvent être interrogées à l'audience; le jugement qui ordonne cette comparution est manifestement interlocutoire et, dans le silence de la loi, il est susceptible des voies de recours, suivant le droit commun, notamment de l'opposition s'il est par défaut, de l'appel s'il est en premier ressort, tandis que le jugement qui ordonne un interrogatoire sur faits et articles est assimilé à une ordonnance sur requête et ne comporte aucune voie de recours.

Le jugement ordonnant la comparution personnelle indique seulement le jour où elle se fera. D'ailleurs, le tribunal pourrait repousser la demande de comparution personnelle au lieu de l'admettre. Il jouit d'un pouvoir discrétionnaire comme en matière d'interrogatoire sur faits et articles (1).

Mais on discute la question de savoir à qui le jugement ordonnant une comparution personnelle doit être signifié. Les uns veulent qu'il le soit à la partie elle-même et non à son avoué, parce que ce jugement demande un fait personnel à cette partie. D'autres, tout en imposant la signification à partie, exigent aussi une signification à avoué, parce que tel est le droit commun pour les jugements interlocutoires. A notre avis, dans le silence de la loi, il vaut mieux s'en tenir à la règle générale de l'article 147 du Code de procédure, qui exige seulement une signification à avoué. Il est bien évident, en effet, que cet officier ministériel s'empressera de prévenir son client.

Dans la comparution personnelle, comme dans l'interrogatoire sur faits et articles, la partie doit se présenter en personne et non par mandataire. Le défaut de comparution ou le refus de répondre autoriserait le tribunal, comme en cas d'interrogatoire sur faits et articles, à tenir les faits pour reconnus (arg. d'analogie de l'art. 330 C. pr.). Cette solution est aujourd'hui admise sans difficulté par la jurisprudence. L'opinion suivant laquelle les juges ne pourraient pas tenir les faits pour reconnus, dans les cas où la preuve testimoniale est prohibée, est aujourd'hui abandonnée ; l'article 330 ne fait, en effet, aucune distinction (2).

La loi n'exige pas qu'il soit dressé procès-verbal de l'interrogatoire résultant de la comparution personnelle (3). En pratique, on en rédige cependant parfois un, surtout si l'affaire est susceptible d'appel; mais, dans le silence de la loi, il ne saurait y avoir nullité si on n'avait pas rempli cette formalité. Le plus souvent, les dires et réponses sont indiqués dans le jugement, et la jurisprudence en conclut, pour le cas où ils ne contiennent aucun aveu, qu'il ne peut pas y avoir non plus commencement de preuve par écrit. Mais la Cour de cassation s'est prononcée en sens contraire et avec raison (4), car il y a, en pareil cas, commencement de preuve par écrit, non pas sans doute en vertu de l'article 1347 du Code civil, mais par application de l'article 1320 du même Code.

(1) Req., 10 novembre 1879, D. P. 80, 1, 390.
(2) Justice de paix de Forcalquier, 14 mai 1883, D. P. 84, 3, 8 et ma note sous ce jugement; civ. cass., 22 avril 1890, D. P. 90, 1, 465.
(3) Req., 28 janvier 1890, D. P. 99, 5, 312; civ. rej., 29 janvier 1896, D. P. 96, 1, 556.
(4) Req., 29 décembre 1871, S. 81, 1, 127; req., 19 octobre 1885, S. 86, 1,128.

### § 89. — Le serment (art. 121 et 122 C. pr.).

A défaut de l'aveu, reste encore la procédure du serment judiciaire (1).

On appelle « décisoire » le serment déféré par une partie à l'autre. Il est admis en toute matière où la transaction est permise (art. 1358 C. civ.) et suppose, aussi bien de la part de celui qui le défère que de celui qui le prête, la capacité de transiger. En outre, le serment doit porter sur un fait personnel à la partie à laquelle il est déféré (art. 1359 C. civ.) (2).

Le serment peut être déféré en tout état de cause, même en appel, et sans qu'il y ait lieu de s'occuper des preuves qui se trouvent entre les mains de la partie qui doit le prêter, même si cette partie invoque en sa faveur un acte authentique. Mais il va sans dire qu'il ne peut pas être question de serment sur les faits dont la loi défend la preuve, ou même seulement la preuve par l'aveu. Ce qui vient d'être dit suppose aussi qu'il ne s'agit pas d'employer le serment pour combattre une preuve préconstituée ou pour suppléer à l'absence d'un acte solennel, tel qu'un acte notarié de donation.

Lorsqu'une partie défère le serment à l'autre, si celle-ci le refuse, elle perd le procès (art. 1361 C. civ.), à moins qu'elle ne le réfère à son adversaire, mais cela suppose que le fait est personnel aux deux parties (art. 1362 C. civ.). Il va sans dire que la partie à laquelle le serment est référé ne peut pas le retourner, car autrement la difficulté n'aurait plus d'issue. Si celui à qui le serment est déféré ou référé le prête, il gagne le procès, sans que l'adversaire puisse en prouver la fausseté (art. 1363 C. civ.) (3).

Le serment supplétoire est déféré d'office par le tribunal à l'une ou l'autre des parties ; mais le tribunal n'a ce droit qu'autant que la prétention de la partie n'est ni pleinement justifiée, ni pleinement dénuée de preuve. Le juge peut encore déférer le serment d'office sur la valeur de la chose demandée, dans le cas où il n'y a aucun moyen de déterminer cette valeur ; il doit alors fixer la somme jusqu'à concurrence de laquelle la partie sera crue sur son serment (art. 1366 à 1369 C. civ.). Ce serment supplétoire ne tient pas de la transaction, puisqu'il n'est pas déféré par une des parties à l'autre. Aussi, l'adversaire de celui qui l'a prêté peut en prouver la fausseté, soit en appel, soit sous forme d'action en dommages-intérêts.

Lorsqu'une partie demande que le serment soit déféré à l'autre, le tribunal a un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou rejeter cette prétention, même en supposant que les conditions exigées pour le serment soient réunies et, par exemple, il rejettera la demande de serment, s'il estime que la

(1) Le serment extrajudiciaire est une convention comme une autre, qui exige l'accord des deux parties et se prouve suivant le droit commun. Le serment judiciaire ne tient de la transaction que du côté de la partie qui l'offre. Aussi ne peut-elle pas le retirer lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à le prêter et, une fois le serment prononcé, elle ne peut pas en prouver la fausseté, soit sous forme d'action en dommages-intérêts, soit au moyen de poursuites correctionnelles, soit en attaquant le jugement par appel ou par requête civile (art. 1363 et 1364 C. civ.).

(2) Les articles 2275 du Code civil et 189 du Code de commerce ne dérogent pas à cette règle comme on l'a dit à tort et peuvent, par cela même, être généralisés.

(3) Il en est autrement du ministère public (art. 366 C. pén.).

preuve est déjà faite dans un sens ou dans un autre, ou que les faits sur lesquels le serment doit porter ne sont ni pertinents ni concluants.

En principe, le tribunal doit rendre un jugement pour ordonner le serment décisoire ou supplétoire, et ce jugement énonce les faits sur lesquels le jugement sera prêté (art. 120 C. pr.). Cependant, lorsque la partie à laquelle est déféré le serment se trouve présente à l'audience et consent à le prêter sur-le-champ, les juges peuvent s'en tenir à un seul jugement, qui constate la délation du serment et donne acte de sa prestation (1).

La prescription de la loi, qui ordonne au juge d'indiquer les faits sur lesquels le serment portera, est manifestement substantielle et, par cela même, à peine de nullité, quoique la loi ne le dise pas. Le jugement doit aussi indiquer le jour où le serment sera prêté à l'audience. Ce jugement est évidemment interlocutoire et nous sommes même ici en présence d'un cas où, par la volonté de la loi, l'interlocutoire lie le juge ; il est dès maintenant certain que la partie gagnera ou perdra le procès, suivant qu'elle prêtera ou non le serment.

Ici reparaît, pour la signification du jugement qui défère un serment, la question déjà examinée à propos de la comparution personnelle. Les uns veulent que ce jugement soit signifié à la partie elle-même, et non pas à son avoué, parce qu'il s'agit d'un fait qui exige l'intervention personnelle de cette partie. D'autres, tout en imposant cette signification, décident que le jugement doit être aussi signifié à avoué, parce que telle est en effet la règle posée par l'article 147 du Code de procédure pour les jugements interlocutoires. Nous persistons à dire que cette signification à avoué est à la fois nécessaire et suffisante ; dans le silence de la loi, il faut appliquer le droit commun, et il est bien évident qu'ici encore l'avoué aura le soin de prévenir son client.

Dans tous les cas où un serment est déféré, il doit être fait par la partie en personne à l'audience. Si la partie est empêchée, le serment peut être prêté devant un juge que le tribunal commet et qui se transporte chez la partie, assisté du greffier. Si cette partie est trop éloignée, le tribunal peut ordonner qu'elle prêtera serment devant le tribunal du lieu de sa résidence. Mais dans tous ces différents cas, la partie adverse doit être présente ou dûment appelée par acte d'avoué à avoué ou, si elle n'a pas d'avoué, par exploit d'huissier, à peine de nullité (art. 121 C. pr.).

Si la partie qui doit prêter serment ne se présente pas, elle est condamnée, mais le jugement n'est pas par défaut, car nous supposons que cette partie a comparu et conclu ; elle a, d'ailleurs, à sa disposition les voies de recours autres que l'opposition, suivant les règles ordinaires. Au contraire, le jugement qui donne acte d'un serment prêté n'est pas de ce chef susceptible de voies de recours, à moins qu'il n'ait donné acte d'un serment prêté dans des termes différents de ceux formulés par le jugement exécutoire.

La loi n'a prescrit aucune forme particulière pour la prestation du serment décisoire ; il y a cependant une forme substantielle, l'emploi des mots *je le jure*, prononcés à haute voix et en français. Le muet prêterait valable-

(1) Req., 1er juin 1875, D. P. 78, 1, 71.

ment serment par écrit et l'étranger qui ne parlerait pas le français jurerait dans sa langue maternelle aussitôt traduite par un interprète. Les autres formalités, comme se tenir debout, ôter son gant, lever la main droite, ne sont que des usages judiciaires, dont l'inobservation n'entraînerait aucune nullité. Si les parties se mettent d'accord sur ce point, elles peuvent donner au serment une forme religieuse, mais on ne saurait aujourd'hui, sous un prétexte quelconque, imposer à un plaideur l'obligation de prêter serment suivant la forme de la religion à laquelle il appartient; ce serait une atteinte à la liberté de conscience. D'un autre côté, celui qui doit prêter le serment ne peut s'y refuser en soutenant qu'il s'agit d'une formalité contraire à ses opinions philosophiques ou autres, et par exemple à la doctrine de l'athéisme, car la forme générale du serment : *je le jure*, est assez large pour être de nature à ne froisser aucune conviction. Aussi, celui qui refuserait, sous un prétexte quelconque, de prêter serment, perdrait fatalement son procès.

# CHAPITRE III

## DES INCIDENTS DE FOND (ART. 337 à 342 C. pr.).

### § 90. — Généralités et notions historiques.

Dans un sens large, on entend par incident toute procédure accessoire qui vient compliquer l'instance. C'est ainsi que les titres X à XVI du livre II s'occupent des incidents relatifs à la preuve. Mais ces incidents ne modifient pas le fond de l'affaire. On appelle, au contraire, dans un sens étroit, incidents, les prétentions qui apparaissent dans le cours de l'instance de la part de l'une des parties, ou même d'un tiers, et qui ont pour objet de modifier le fond même de la prétention, ou d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires (1). Quand les incidents de fond s'élèvent entre les parties déjà en cause, ils prennent le nom de demandes incidentes; si c'est un tiers qui les provoque, on les désigne sous le nom d'interventions. Les demandes incidentes s'appellent plus spécialement conclusions additionnelles ou demandes reconventionnelles, selon qu'elles émanent du demandeur ou du défendeur.

Dans notre ancienne procédure, le demandeur avait toujours le droit d'introduire des incidents et de modifier sa demande par des conclusions additionnelles. A l'origine, l'ajournement ne contenait pas le libellé de la demande, il ne tendait qu'à la comparution du défendeur. Dès lors, on pouvait toujours modifier, étendre ou restreindre sa demande, au moyen de conclusions nouvelles, d'incidents, jusqu'au moment du jugement. Dans la suite, l'ordonnance de 1539 (art. 16) exigea que l'ajournement contînt l'exposé de

(1) La Cour de cassation a donné, à plusieurs reprises, une notion des incidents qui ne paraît pas suffisamment précise. Voy. par exemple, civ. cass., 9 juin 1886, D. P. 88, 63; req., 22 avril 1890, D. P. 91, 1, 208.

la demande, et l'ordonnance de 1563 prononça la nullité de l'ajournement qui ne remplissait pas cette condition. Cette disposition fut renouvelée par l'ordonnance de 1667 (tit. II, art. 1er); mais, malgré ces exigences, on admit toujours que le demandeur pouvait ensuite modifier ses prétentions par des incidents et par des conclusions additionnelles.

Les demandes reconventionnelles étaient absolument défendues, à l'origine et pendant toute la période féodale, dans les cours laïques des pays de coutume. La compensation ne pouvait même pas être opposée par le défendeur, et Loysel exprime encore cette vieille coutume lorsqu'il dit : « Une dette n'empèche pas l'autre (1). » Cette prohibition des demandes reconventionnelles et de la compensation avait été établie dans l'intérêt des seigneurs justiciers. Comme ils tiraient d'importants profits des plaidoiries, ils ne manquaient jamais de réclamer les causes de leur compétence. Or, si les demandes reconventionnelles avaient été admises, on aurait pu réunir deux procès en un seul, et celui qui aurait été le juge de la demande reconventionnelle, si elle avait été principale, aurait été privé d'un procès. Il résulte de là que, même avec l'accord des parties, le juge de la cause principale n'aurait pas pu connaître de la demande reconventionnelle. Cette prohibition, établie en faveur des seigneurs et contre l'intérêt des plaideurs, finit par être attaquée sous l'influence du droit romain et de la procédure canonique.

Dans les pays de droit écrit, on admit toujours les demandes reconventionnelles; seulement les juges avaient le pouvoir, toutes les fois qu'une demande de cette nature pouvait entraîner des lenteurs, de disjoindre les deux causes et de statuer au préalable sur la demande principale.

Dans les justices ecclésiastiques, on permettait les demandes reconventionnelles. Non seulement les motifs qui les faisaient interdire dans les cours laïques des pays de coutume n'existaient pas, mais, en outre, ces demandes reconventionnelles donnaient parfois aux cours ecclésiastiques l'occasion d'élargir le cercle de leur compétence.

Sous l'influence du droit romain et du droit canonique, la prohibition absolue des coutumes dut fléchir. Déjà la coutume de Paris de 1510 (art. 74) autorisa la compensation, à la condition qu'on se fût pourvu au préalable de lettres *royaux*, et en 1580 cette condition disparut. L'article 106 de la même coutume autorisa aussi les demandes reconventionnelles de la part du défendeur, mais sous deux conditions : qu'elles fussent une dépendance de la demande principale, et notamment connexes à cette demande; et qu'elles pussent servir de moyen de défense contre la prétention du demandeur. Par exemple, le demandeur originaire ayant agi en paiement de ses fermages, le défendeur pouvait lui répondre qu'il n'avait pas joui des lieux loués et même réclamer sous forme reconventionnelle la restitution des loyers avec dommages-intérêts. Le Châtelet de Paris, sous l'influence de la jurisprudence des pays de droit écrit et par voie d'interprétation fondée plutôt sur l'équité que sur la rigueur des principes, n'exigea plus, comme le faisait la coutume de Paris, que la demande reconventionnelle dépendît de l'action; il suffisait qu'elle servît de défense.

(1) *Institutes coutumières*, liv. V, tit. II, règle 3.

Au moment de la rédaction du Code de procédure, le législateur avait donc le choix entre trois systèmes : celui du droit canonique, qui autorisait les demandes reconventionnelles sans restrictions sérieuses ; celui de la coutume de Paris, qui exigeait que la demande reconventionnelle dépendît de l'action, c'est-à-dire lui fût connexe et qu'elle fût un moyen de défense ; celui du Châtelet de Paris, qui s'en tenait à cette seconde condition.

## § 91. — Demandes incidentes (art. 337 et 338 C. pr.).

Pour qu'une demande incidente puisse être formée au cours de l'instance par le demandeur, il faut qu'elle ait quelques rapports avec la demande principale et que le tribunal saisi de cette demande principale ne soit pas incompétent d'une manière absolue pour en connaître. Ces deux conditions ne sont sans doute pas écrites formellement dans la loi, mais elles résultent du droit commun. En obligeant le demandeur à faire connaître dans l'ajournement l'objet de sa prétention, le législateur a voulu, non seulement que le défendeur pût répondre à cette prétention, mais encore qu'il eût le moyen d'éviter le procès. Or ce résultat ne saurait être atteint si une nouvelle demande, étrangère à la première, pouvait être introduite au cours du procès. Il serait en outre facile d'éluder, pour cette nouvelle demande, le préliminaire de conciliation et parfois même de porter atteinte aux règles de la compétence relative. Mais lorsque la demande incidente n'est que la modification ou l'extension de la demande principale, il est tout naturel que le même tribunal connaisse à la fois de la demande principale et de l'incident. Le défendeur ne saurait se plaindre, car il a déjà avoué en cause, et la suppression de la tentative de conciliation ne lui nuit pas : les parties ne s'étant pas entendues sur le principal ne se seraient certainement pas mises d'accord sur l'incident.

Ce qui prouve que le législateur entend bien que la demande incidente ait rapport à la demande principale, c'est la disposition de l'article 337 du Code de procédure qui défend, pour l'incident, les conclusions grossoyées et ne permet qu'un simple acte d'avoué à avoué, parce que cet incident doit se rattacher à la demande principale. Quant à la question de savoir si ce lien existe, elle est appréciée souverainement par les tribunaux (1). Ainsi, il est manifeste que le créancier qui réclame une somme d'argent à son débiteur, ne peut pas incidemment soutenir qu'il est propriétaire d'un immeuble possédé par le défendeur. Mais rien ne s'oppose à ce qu'au cours du procès ce créancier demande le dépôt de la somme à la caisse des dépôts et consignations, l'exécution provisoire, la contrainte par corps (si l'on est dans un des cas où la loi l'autorise), les intérêts du capital, les dépens, des dommages-intérêts. On devrait même autoriser, sous forme de demande incidente, toute prétention connexe à la demande principale, même si elle était plus importante, car si le demandeur séparait les deux procès, qu'ils fussent de la compétence du même tribunal ou de tribunaux différents, on pourrait

(1) Civ. cass., 21 février 1877, S. 78, 1, 51 ; Paris, 21 juillet 1893, D. P. 93, 2, 581. Il va sans dire que la réponse faite à la demande incidente est aussi valable sous forme de simples conclusions. Rouen, 18 mai 1892, D. P. 94, 2, 169.

demander leur réunion ; il est donc plus simple de la faire tout de suite pour éviter des frais et des lenteurs. Ainsi, après avoir réclamé dans l'ajournement le paiement des fermages échus, le demandeur peut, au cours du procès, conclure à la résiliation du bail.

Mais il faut que le tribunal saisi de la demande principale ne soit pas incompétent d'une manière absolue pour connaître de la demande incidente. Quelque connexité qu'il y eût entre les deux demandes, celles-ci ne pourraient pas être réunies en cas d'incompétence *ratione materiæ*. Ainsi, la loi ayant décidé que le juge de paix est incompétent lorsque le total des demandes dépasse 200 francs, bien que chacune d'elles soit inférieure à cette somme (loi du 25 mai 1838, art. 9), on en conclut que le demandeur ne peut pas, en justice de paix, joindre à sa demande principale une demande incidente, si le total de ces deux demandes donne une somme supérieure à 200 francs. Mais rien ne s'oppose à ce qu'on forme une demande incidente devant un tribunal qui aurait été incompétent d'une manière relative seulement pour en connaître, si cette demande avait été principale ; par exemple, au cours d'une action en revendication portée devant le tribunal de la situation de l'immeuble, le demandeur pourra, sous forme de conclusions additionnelles, réclamer des restitutions de fruits ou des dommages-intérêts.

Les demandes incidentes sont dispensées de la tentative de conciliation ; elles peuvent être formées jusqu'à la clôture des débats (décret du 30 mars 1808 art. 87) (1) ; elles se font sous forme d'acte d'avoué à avoué (art. 337 C. pr.). Si le défendeur a fait défaut faute de comparaître, elles prennent nécessairement la forme d'un exploit d'huissier. Tel serait le cas où le demandeur aurait oublié, dans son ajournement, de demander l'exécution provisoire, les intérêts moratoires, etc. et où il voudrait réparer cette omission.

Si dans une affaire où il y a avoué de part et d'autre, le demandeur présentait ses conclusions additionnelles sous forme de requête grossoyée ou d'exploit d'huissier, il n'y aurait pas nullité, mais les frais de ces actes resteraient définitivement à la charge de la partie (2).

Le décret du 30 mars 1808 (art. 70) veut que ces conclusions additionnelles soient signifiées au moins trois jours avant l'audience, mais l'inobservation de ce délai n'entraînerait pas fin de non-recevoir, car le même décret (art. 33 et 72) permet de modifier les conclusions ou d'en prendre de nouvelles, même à la barre ; seulement, dans ce cas, le défendeur peut demander et obtenir délai pour répondre. La loi dispense même le demandeur de signifier copie des pièces justificatives de ses conclusions additionnelles ; il peut se borner à offrir de les communiquer sur récépissé ou par la voie du greffe (art. 337 C. pr.). Mais il faut joindre à la demande incidente les moyens à l'appui.

(1) Nous avons vu plus haut la question de savoir si, en cas de partage, les débats étant de nouveau ouverts, il peut être présenté de nouvelles conclusions. Voy. Angers, 24 août 1837, S. 40, 2, 413.

(2) L'article 71 du tarif n'accorde qu'un droit fixe pour le simple acte d'avoué à avoué contenant les conclusions additionnelles.

Toutes les demandes incidentes doivent être formées en même temps, afin de diminuer les frais et d'éviter les lenteurs (art. 338 C. pr.). Aussi, la sanction de la loi n'est pas une déchéance du droit ; seulement les frais de la demande incidente formée séparément et après les autres resteraient nécessairement à la charge de la partie. Il va sans dire que cette disposition suppose des demandes incidentes dont la cause existe déjà au moment où la première d'entre elles est formée. Si la demande incidente a une cause postérieure, il faut bien qu'elle soit formée par acte séparé (1).

Les demandes incidentes peuvent être jugées au préalable par jugement distinct ou jointes au principal, pour qu'il soit statué par un seul et même jugement. Les juges jouissent, sous ce rapport, d'un pouvoir discrétionnaire (2) (art. 338 C. pr.). Même dans le cas où les deux demandes sont disjointes, il y a intérêt à ce que la seconde prenne la forme d'un incident, parce qu'on évite par là un nouveau procès, la tentative de conciliation, l'ajournement, etc.

Parfois, la disjonction est imposée par la force même des choses. Tel est le cas de demande de provision alimentaire, ou de provision *ad litem*.

Le tribunal aura soin de disjoindre la demande incidente, si elle est de nature à retarder le jugement de la demande principale, par exemple parce qu'elle exige une enquête, une expertise, ou toute autre mesure d'instruction.

Dans les affaires instruites par écrit, c'est au tribunal à examiner préalablement, et même d'office, si l'incident est ou non aussi compliqué que la demande principale : si oui, il est instruit par écrit ; si non, alors il est jugé sur plaidoirie (art. 338 C. pr.).

## § 92. — Demandes reconventionnelles.

On entend par demandes reconventionnelles les demandes incidentes formées par le défendeur contre le demandeur. Il importe de ne pas les confondre avec les moyens de défense. Ceux-ci sont illimités dans leur exercice ; au contraire, toute demande reconventionnelle n'est pas permise de la part du défendeur. La défense est l'acte par lequel le défendeur se borne à repousser l'attaque : le défendeur conclut uniquement à ce que le demandeur soit débouté, en totalité ou pour partie, sans réclamer contre lui de condamnation. Celui qui oppose la compensation légale se borne à faire valoir un moyen de défense ; il soutient en effet qu'il n'est plus débiteur, la compensation légale opérant de plein droit. Mais si cette compensation n'est pas possible, par exemple parce qu'une des deux dettes n'est pas liquide, alors le défendeur forme une demande reconventionnelle, lorsqu'il conclut devant le tribunal à ce que celui-ci le reconnaisse créancier et liquide les deux dettes et comme, à ce moment par le fait du tribunal il s'opère une compensation, on dit qu'elle est judiciaire. De même, il y a demande reconventionnelle si le

(1) Aux termes de l'article 1346 du Code civil, toutes les demandes ayant pour objet une somme inférieure à 150 francs doivent être réunies en une seule ; si cette disposition n'était pas observée, les demandes ne seraient pas rejetées, mais la preuve testimoniale serait repoussée. Tel est du moins, à notre avis, le sens de cet article.

(2) Req., 3 février 1873, S. 73, 1, 313.

défendeur réclame des dommages-intérêts à un titre quelconque, par exemple à raison des faits diffamatoires ou injurieux qui se sont produits dans le cours du procès. De même encore, à la demande en séparation de corps formée par sa femme, le mari peut répondre à son tour par une demande reconventionnelle en séparation de corps, et cela peut être important, car les donations faites par son conjoint à l'époux contre lequel la séparation de corps est prononcée, sont révoquées de plein droit.

Les lois actuelles sont à peu près muettes sur la reconvention. Nous ne possédons que l'article 464 qui permet les demandes reconventionnelles pour la première fois en cause d'appel, la loi du 11 avril 1838 sur la compétence des tribunaux civils (art. 2), et celle du 25 mai 1838 sur la compétence des juges de paix (art. 7 et 8), qui toutes deux traitent de l'influence de la reconvention sur le dernier ressort. Mais il faut bien remarquer que les articles 337 et 338 du Code de procédure relatifs aux formes des demandes incidentes concernent aussi bien, comme le prouve la dernière disposition de l'article 337, les reconventions du défendeur que les conclusions additionnelles du demandeur. Le tribunal de cassation avait, dans son projet, consacré dix articles à cette matière. Ces articles ont été repoussés, sous prétexte qu'il s'agit là plutôt de questions de pure doctrine. Ils auraient cependant eu l'avantage de nous apprendre directement quel est celui des trois systèmes de notre ancien droit que les rédacteurs du code entendaient consacrer. Ils n'ont certainement pas voulu adopter celui des juridictions canoniques qui permet de réunir des procès sans rapports entre eux. Nous relèverons seulement, à titre de curiosité, l'opinion suivant laquelle l'article 306 de la coutume de Paris, qui autorise les demandes reconventionnelles sous deux conditions, qu'elles soient connexes à l'action principale et qu'elles servent de défense contre elle, serait encore aujourd'hui en vigueur, sous prétexte qu'il s'agirait d'une question de compétence. L'article 1041 du Code de procédure a abrogé les lois de procédure antérieures au code, et rien n'est plus contraire à l'esprit général de nos lois que le maintien tacite d'un article isolé, d'une coutume, surtout quand cet article n'était pas appliqué partout.

Nous possédons, d'ailleurs, des textes suffisants pour trancher par voie d'argumentation la question de savoir sous quelles conditions une demande reconventionnelle peut être formée. Cette demande ne sera admise que dans l'un des trois cas suivants :

1° D'abord si elle sert de défense à l'action principale. L'article 464 du Code de procédure permet en pareil cas de l'introduire pour la première fois en cause d'appel, et par cela même on peut dire qu'*a fortiori* elle est autorisée en première instance (1).

Ainsi, à toute demande en exécution d'un contrat, le défendeur pourra répondre par une demande reconventionnelle tendant à la nullité, à la résolution ou à la rescision de ce contrat.

2° Si la demande reconventionnelle tend à compensation judiciaire. La

(1) Nancy, 18 mai 1872, S. 72, 2, 197 ; req., 3 mars 1879, D. P. 81, 1, 212 ; Rennes, 21 juillet 1880, D. P. 83, 1, 330 ; civ. cass., 9 février 1881, D. P. 83, 1, 286.

loi permet d'opposer la compensation judiciaire aussi pour la première fois en cause d'appel (art. 464 C. pr.); à plus forte raison, le défendeur peut-il s'en servir en première instance, sous forme de demande reconventionnelle. Nous rappelons que la compensation légale n'est pas une demande reconventionnelle, mais une simple défense, et que, si la condition de liquidité exigée par la loi pour la compensation légale fait défaut, le défendeur peut, au moyen d'une demande reconventionnelle, faire liquider sa créance et prononcer la compensation par le tribunal, pourvu que les deux dettes soient échues. On ne peut pas exiger que la liquidation soit prompte et facile ; c'est au tribunal à rechercher si, en fait, la prétention du défendeur est de nature à retarder le jugement de l'affaire principale et, en cas d'affirmative, le tribunal pourrait, au lieu de prononcer la compensation judiciaire, après avoir instruit les deux causes simultanément, décider qu'elles seront instruites et jugées l'une après l'autre (1).

3° Enfin, on admettra encore comme demande reconventionnelle toute prétention connexe à la demande principale (2) (arg. art. 171 C. pr.). Il serait bien étrange d'obliger le défendeur à saisir de sa prétention un autre tribunal dont la seule mission serait de renvoyer pour cause de connexité au tribunal déjà saisi de la première demande.

Tels sont les cas dans lesquels les demandes reconventionnelles sont, aujourd'hui, autorisées et on a pu remarquer que cette théorie est semblable à celle qu'appliquait autrefois le Châtelet de Paris.

Au point de vue de la compétence et de la forme, on doit appliquer aux demandes reconventionnelles les principes déjà exposés à propos des conclusions additionnelles du demandeur. Ainsi, le tribunal saisi de la demande principale ne pourrait pas connaître de la demande reconventionnelle pour laquelle il serait incompétent d'une manière absolue. Porte-t-on devant un juge de paix une demande reconventionnelle supérieure à 200 francs, ce magistrat ne peut, sous aucun prétexte, connaître de la demande reconventionnelle (3). Mais la loi lui laisse le choix entre deux partis : conserver la demande principale et écarter la demande reconventionnelle ou renvoyer le tout, c'est-à-dire les deux demandes, au tribunal d'arrondissement (loi du 25 mai 1838, art. 8). Par exception, il est un cas où le juge de paix peut toujours statuer sur la demande reconventionnelle, quelle que soit la somme à laquelle elle s'élève : c'est celui de dommages-intérêts exclusivement fondés sur la demande principale elle-même (loi du 25 mai 1838, art. 7). S'il s'agissait d'une action reconventionnelle pétitoire opposée à une action possessoire, le juge de paix devrait se déclarer incompétent, même d'office, au pétitoire, mais il serait obligé de conserver devant lui l'action possessoire et n'aurait pas le droit de la renvoyer avec le pétitoire au tribunal d'arrondissement. Celui-ci est incompétent, d'une manière absolue, pour connaître des actions possessoires autrement que par voie d'appel.

Est-ce un tribunal d'arrondissement qui a été saisi d'une demande reconventionnelle ne dépassant pas 200 francs, il peut la garder ou doit

(1) Req., 15 juillet 1885, D. P. 86, 1, 248.
(2) Req., 3 mars 1879, S. 81, 1, 351.
(3) Req., 24 juillet 1895, S. 96, 1, 16.

l'écarter, suivant qu'on admet que les tribunaux d'arrondissement sont incompétents d'une manière relative ou d'une manière absolue pour les affaires des juges de paix. Au contraire, il est certain qu'un tribunal civil peut toujours connaître d'une demande reconventionnelle commerciale, parce que les tribunaux d'arrondissement ne sont incompétents que d'une manière relative pour les demandes commerciales. Mais la réciproque n'est pas vraie : si le défendeur oppose devant un juge commercial une demande reconventionnelle civile, ce tribunal doit, même d'office, se déclarer incompétent sur la demande reconventionnelle. On admet cependant que, quand un contrat synallagmatique est civil pour une des parties et commercial pour l'autre (par exemple un propriétaire, après avoir fait sa récolte en blé, l'a vendue à un marchand de grains), le tribunal de commerce peut connaître de la demande reconventionnelle civile, parce que les deux demandes, naissant d'un même contrat, sont indivisibles (1). Ainsi, à la demande en paiement du prix formé contre lui devant le tribunal de commerce, l'acheteur commerçant pourra répondre par une demande reconventionnelle civile en résolution du contrat. Ces deux demandes sont liées d'une manière indivisible et il n'est pas possible de statuer sur l'une sans juger l'autre en même temps : si le tribunal de commerce condamne le défendeur à payer un prix, par cela même il rejette sa demande reconventionnelle tendant à la résolution et s'il devait renvoyer cette demande reconventionnelle devant le tribunal civil, en réalité celui-ci n'aurait rien à juger. D'un autre côté, la compensation légale ne formant pas une demande reconventionnelle et constituant une simple défense, le tribunal a le droit d'examiner si elle existe, même lorsque le défendeur oppose une créance civile à une créance commerciale, car, en pareil cas, il ne décide que le point de savoir si la créance commerciale existe ou est éteinte. Mais, si la créance civile était supérieure à la créance commerciale, il devrait seulement faire la compensation, sans condamner pour l'excédent; sur ce dernier point, il renverrait devant le tribunal civil.

Les auteurs discutent la question de savoir si, la demande principale étant sommaire, le défendeur peut opposer une demande reconventionnelle qui serait affaire ordinaire. On a proposé d'écarter, en pareil cas, la reconvention, sous prétexte qu'elle obligerait l'affaire principale sommaire à subir les lenteurs de l'affaire ordinaire. D'autres admettent la reconvention, même dans ce cas, mais ils sont loin de s'entendre sur la procédure à suivre. Jugera-t-on chaque affaire séparément et suivant sa forme propre ? La demande reconventionnelle sera-t-elle instruite comme l'affaire principale, par la raison que l'accessoire suit le principal ? Faut-il abandonner la question à l'appréciation du tribunal ? Toutes ces solutions ont été proposées. On a aussi dit : si l'affaire principale est sommaire à cause de la simplicité de la preuve ou de la modicité de l'intérêt, alors elle doit changer de nature et rentrer dans la classe des affaires ordinaires, lorsque le défendeur intente une demande reconventionnelle ordinaire; mais, si l'affaire principale est

(1) Bruxelles, 12 janvier 1888, D. P. 89, 2, 293; Pau, 22 avril 1890, D. P. 91, 2, 71; Dijon, 19 novembre 1894, D. P. 95, 2, 95; civ. cass., 3 février 1897, S. 97, 1, 171; Paris, 19 février 1897, S. 99, 2, 185.

sommaire à cause de son urgence, comme elle ne peut pas être retardée par la demande reconventionnelle, celle-ci doit être soumise à la procédure sommaire.

A notre avis, il faut d'abord reconnaître au tribunal le pouvoir discrétionnaire de réunir ou de séparer les deux demandes par application de l'article 338 du Code de procédure. S'il les sépare, chacune d'elles est jugée avec sa procédure propre. S'il les réunit, alors les deux affaires sont soumises à la procédure ordinaire, dès que l'une d'elles comporte cette procédure, peu importe que ce soit la demande principale ou la demande reconventionnelle. Nous le décidons, par analogie de ce que la loi admet au point de vue du taux de la compétence : dès qu'une des deux demandes est jugée à charge d'appel, l'autre comporte aussi cette voie de recours, parce que l'appel est le droit commun. De même, dès qu'une des deux affaires comporte la procédure ordinaire, l'autre doit aussi y être soumise, parce que tel est encore le droit commun.

Le droit de former une demande reconventionnelle appartient à toute personne capable d'agir et qui joue le rôle de défendeur au procès. Il ne suffirait pas d'avoir la capacité d'ester en justice : il faut celle d'agir, car la demande reconventionnelle suppose l'exercice d'une action. Par exemple, une commune autorisée à défendre en justice n'a pas, par cela seul, le droit de former une demande reconventionnelle. Il faut aussi jouer, en son nom personnel, le rôle de défendeur au procès et, par exemple, le tuteur plaidant pour le compte de son pupille ne peut pas former une demande reconventionnelle en son nom personnel. Il en est de même du garant appelé en cause par le défendeur, à moins qu'il ne prenne la place de celui-ci en cas de garantie formelle et, réciproquement, lorsque le demandeur plaide en qualité de représentant légal ou conventionnel d'autrui, le défendeur ne peut lui opposer de demande reconventionnelle que du chef du représenté (1).

Il était de principe, dans notre ancien droit, que reconvention sur reconvention ne vaut, c'est-à-dire que le défendeur ayant formé une demande reconventionnelle, le demandeur primitif n'a pas le droit de répondre par une reconvention nouvelle, à moins qu'elle ne soit tirée du titre servant de fondement à l'action en reconvention du défendeur. Les auteurs et la jurisprudence sont d'accord pour admettre encore aujourd'hui cette règle avec son exception, bien qu'elles ne soient ni l'une ni l'autre consacrées par aucun texte et uniquement par ce motif très vague, que tel est l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Aussi préférons-nous décider, dans le silence de la loi, que la vieille maxime n'est plus obligatoire, d'autant plus que le tribunal a toujours le pouvoir de disjoindre ces différentes demandes. D'ailleurs personne ne fait difficulté pour admettre qu'à la demande reconventionnelle du défendeur le demandeur peut répondre par des défenses.

La demande reconventionnelle peut être admise en tout état de cause jusqu'à la clôture des débats, sauf pour le tribunal le droit de disjoindre les

(1) Le mari d'une femme dotale étant personnellement intéressé en sa qualité d'usufruitier de la dot dans les actions qu'il intente à raison de cette dot, le défendeur peut lui opposer une demande reconventionnelle formée contre lui *proprio nomine*, Lyon, 19 mai 1891, D. P. 92, 2, 544.

deux demandes au lieu de les réunir (arg. art. 338 C. pr.), ou même d'écarter la demande reconventionnelle par une fin de non-recevoir, si elle était introduite au dernier moment, pour suspendre ou gêner le jugement de l'affaire principale. Il y aurait en effet, dans ce dernier cas, une véritable fraude.

Nous avons vu qu'on se demande si, après partage, il est permis au demandeur de présenter des conclusions additionnelles : la question est la même pour les demandes reconventionnelles et comporte la même solution.

La demande reconventionnelle se forme, comme toute demande incidente, par un simple acte contenant les moyens et les conclusions avec offre de communiquer les pièces (art. 337 C. pr.); on évite ainsi des frais et des longueurs. Si la demande reconventionnelle exige une instruction particulière, une enquête, une vérification d'écritures, tandis que la demande principale est en état, les juges peuvent disjoindre les deux demandes et statuer séparément sur chacune d'elles. Mais la disjonction n'empêche pas le tribunal de statuer sur la demande reconventionnelle, bien qu'il eût été incompétent d'une manière relative si cette demande avait été seule formée; la demande reconventionnelle ne perd donc pas toute utilité, même en cas de disjonction. Sans doute, le jugement statuant sur la demande principale pourra parfois être mis à exécution avant que l'incident ait été vidé, mais l'exécution aura lieu aux risques et périls du demandeur principal, qui s'exposera à des dommages-intérêts pour le cas où la reconvention serait reconnue fondée. Autrefois, au parlement de Toulouse, on obligeait même le demandeur principal, qui voulait exécuter avant qu'il eût été statué sur la reconvention, à fournir caution.

## § 93. — **Intervention** (art. 339 à 342 C. pr.).

Dans notre ancien droit, l'intervention était déjà admise au profit de toute personne qui se croyait intéressée à un procès, et elle avait même été la source d'abus scandaleux. Les personnes jouissant de privilèges de juridiction intervenaient au profit de la partie à laquelle elles s'intéressaient et faisaient ensuite évoquer tout le procès par le tribunal dont elles étaient justiciables. Aussi ces interventions mendiées, comme on disait alors, étaient-elles fort recherchées des plaideurs aux abois. Sans doute, on pouvait toujours obtenir du juge qui avait évoqué que l'affaire retournerait au premier juge, en prouvant que l'intervenant n'avait aucun intérêt au procès, mais cette preuve n'était pas toujours facile à fournir. Ces abus ne sont plus possibles aujourd'hui.

L'intervention est volontaire ou forcée. L'intervention volontaire est l'acte spontané d'un tiers qui demande à être admis dans l'instance déjà commencée pour conserver ou faire valoir ses droits. L'intervention forcée se produit lorsque le demandeur assigne après coup un tiers ayant le même intérêt que le défendeur, dans le but de faire produire effet au jugement contre tous deux; autrement, ce jugement ne serait pas opposable à ce tiers et celui-ci aurait le droit de faire tierce opposition : c'est ce que l'on appelle l'action en déclaration de jugement commun.

Que personne n'ait le droit d'intervenir dans un contrat pour le faire

modifier, c'est ce qui ne demande aucune démonstration. Mais, au contraire, quand l'intérêt d'un tiers est menacé dans un procès engagé (et ici on entend par tiers toute personne autre que le demandeur et le défendeur), on comprend qu'il ait le droit d'intervenir pour éviter le préjudice qui le menace. Il est ainsi permis d'intervenir dans l'intérêt de l'un ou de l'autre des plaideurs.

Enfin, il faut toujours avoir soin de rechercher si l'intervention est purement conservatoire ou si l'intervenant conclut à une condamnation à son profit. Lorsqu'un tiers intervient dans son propre intérêt ou dans celui du demandeur, il est alors lui-même considéré comme demandeur, et, par exemple, s'il est étranger, il doit fournir la caution *judicatum solvi*. Au point de vue des dépens, il est aussi important de savoir si l'intervenant prend part au procès avec le rôle d'une partie ordinaire, pouvant être condamnée ou obtenir condamnation ou si, au contraire, il se mêle au procès à titre purement conservatoire, par exemple en qualité de créancier d'un cohéritier dans une instance en partage et sans qu'il y ait de conclusions tendant à une condamnation de sa part ou contre lui. Dans le premier cas, par cela même qu'il joue le rôle d'un plaideur ordinaire, il peut être condamné aux dépens, en totalité ou en partie, comme il peut les obtenir, tandis que, dans le second cas, il ne paie jamais que les frais de son intervention, mais les supporte toujours (arg. art. 882 C. civ.).

On peut, en principe, intervenir dans toute espèce de juridiction (1), ordinaire ou extraordinaire, même en cassation (2); mais en appel, comme nous le verrons, l'intervention est soumise à certaines restrictions tenant à ce que la loi ne veut pas qu'elle devienne trop facilement le moyen de priver les autres parties en cause d'un degré de juridiction. Aussi la loi ne reconnaît-elle le droit d'intervenir en appel qu'à ceux qui auraient le droit de faire tierce opposition contre le jugement ou arrêt de la juridiction du second degré (art. 466 C. pr.).

L'intervention est une demande principale de la part de l'intervenant; celui qui veut intervenir pour agir doit donc en avoir la capacité et, par exemple, une commune, un département, un tuteur en matière immobilière devraient se pourvoir des autorisations ordinaires. Si l'intervenant doit jouer le rôle de défendeur, on exigera alors la capacité de défendre. Enfin, quand l'intervention n'aura qu'un caractère conservatoire, il suffira d'avoir la capacité de faire des actes d'administration, sauf exception pour la femme mariée, non séparée de corps ou divorcée, qui ne peut pas ester en justice sans autorisation.

Mais l'intervention n'est jamais introductive d'instance, puisqu'elle se rattache à un procès déjà engagé; aussi est-elle toujours dispensée de la

(1) Nous n'avons pas à nous occuper de la procédure devant les juridictions répressives; rappelons cependant que si l'intervention est de droit, pour la partie civile ou pour les personnes civilement responsables devant cette juridiction (art. 3, 67 et 182 C. inst. crim.), elle est refusée à toutes autres personnes sans distinction. Civ. rej., 12 septembre 1889, D. P. 90, 1, 287; crim. rej., 24 juillet 1897, S. 99, 1, 106; Paris, 9 juin 1896, S. 99, 2, 44.

(2) Req., 20 décembre 1893, S. 94, 1, 133; req., 22 février 1897, S. 97, 1, 343.

tentative de conciliation, comme le dit, bien inutilement d'ailleurs, l'article 49 du Code de procédure. D'un autre côté, l'intervention peut porter atteinte aux principes ordinaires de la compétence relative, comme les autres demandes incidentes, mais, de même encore que les autres demandes incidentes, elle ne serait pas admise devant un tribunal qui serait incompétent *ratione materiæ*.

Il résulte de nombreuses applications contenues dans la loi (art. 466 C. pr.; art. 618, 878, 882 C. civ.; art. 443. C. com.) que le droit d'intervenir appartient à toute personne qui a intérêt à ce que le procès reçoive telle solution. Ainsi, on reconnaîtra le droit d'intervenir : aux ayants cause des plaideurs et notamment à leurs créanciers (1), parce qu'à leur égard le jugement aura force de chose jugée (arg. art. 882 C. civ.); à ceux qui pourraient faire tierce opposition (art. 466 C. pr.) et notamment aux créanciers fraudés par le procès qui deviennent ici des tiers (art. 1167 C. civ.); à ceux qui auraient action à raison même du procès, par exemple parce qu'ils y ont été diffamés (2); à ceux qui ont un intérêt connexe au procès et qui pourraient opposer l'exception de connexité, si leurs prétentions pouvaient être portées devant un autre tribunal (art. 171 C. pr.); à ceux qui seraient tenus d'une action envers une partie si celle-ci succombait comme, par exemple, le garant.

D'une manière générale, le droit d'intervention en première instance appartient à toute personne, ayant cause ou tiers, qui a intérêt au procès (3). D'ailleurs, un intérêt d'honneur suffit pour motiver l'intervention d'après la jurisprudence et la majorité des auteurs (4). De même, l'intérêt peut être actuel, bien que le droit soit futur ou même conditionnel ou purement éventuel (5) (art. 1180 C. civ).

On s'est demandé si l'intervention d'une corporation, celle des avoués ou des notaires, par exemple, doit être admise dans le procès soutenu par l'un de ses membres à l'occasion d'un droit qu'on lui conteste. La jurisprudence est encore fort indécise sur cette question. Certains arrêts autorisent l'intervention, sous prétexte que la corporation est intéressée à ce qu'il n'y ait pas un préjugé, dans un certain sens, sur tel droit de chacun de ses membres (6). Cette solution paraît fort contestable. C'est qu'en effet la corporation n'est pas intéressée dans le sens juridique de ce mot, car le jugement à intervenir qui tranchera, par exemple, une question de taxe ou de responsabilité, ou

(1) Le droit d'intervention des créanciers n'étant qu'une application de l'article 1166 du Code civil ne pourra pas être exercé si le procès porte sur des droits exclusivement attachés à la personne, et c'est ainsi que les créanciers ne pourraient pas intervenir dans une action en nullité de mariage ou en séparation de corps de leur débiteur. L'instance en partage présente cette particularité que les créanciers ont seulement le droit d'intervenir et que la loi leur refuse la tierce opposition.

(2) Poitiers, 11 juillet 1892, D. P. 94, 2, 149.

(3) Req., 2 mars 1875, D. P. 75, 1, 147; Rouen, 7 avril 1886, D. P. 88, 2, 45; Aix, 9 février 1888, D. P. 89, 2, 281; Poitiers, 26 juillet 1886, D. P. 89, 1, 245; Orléans, 30 mars 1892, D. P. 92, 2, 365; req., 13 mai 1896, D. P. 96, 1, 493; trib. civ. de Lille, 3 mai 1897, D. P. 1900, 2, 259.

(4) Voy. *Jur. gén.*, *Suppl.*, v° *Intervention*, n° 9.

(5) Orléans, 31 mars 1892, D. P. 92, 2, 365.

(6) Req., 25 juillet 1870, S. 72, 1, 122; Besançon, 28 juillet 1877, S. 78, 2, 133; *contra* trib. de Cherbourg, 20 novembre 1883 sous Caen, 16 mai 1884, S. 85, 2, 113; Alger, 10 avril 1895, S. 97, 2, 57.

même la question de savoir si l'officier ministériel a le droit de faire tel acte, ne préjudicie en aucun cas à la corporation, du moment que les tribunaux ne peuvent plus procéder par voie générale et réglementaire. Malgré ce jugement, chacun des membres de la corporation n'en sera pas moins recevable à élever plus tard la même prétention, même celui qui a succombé dans l'affaire actuelle, pourvu qu'il soit en présence d'une autre partie. Il n'est pas possible de permettre des interventions qui auraient pour seul objet d'écarter ou d'établir un précédent; à ce compte, tout commerçant pourrait intervenir dans un procès commercial où s'agite un intérêt général du commerce ou de telle industrie (1); tout propriétaire pourrait intervenir dans un procès où l'on plaide sur l'un des attributs de la propriété immobilière et ainsi de suite. Il faut appliquer aux corporations le droit commun et ne leur permettre d'intervenir que dans les cas où elles pourraient aussi agir, parce qu'un de leurs droits a été lésé. La règle : « Pas d'intérêt, pas d'action » s'applique aussi à l'intervention. C'est ainsi qu'on permettrait à une corporation d'avoués d'intervenir pour poursuivre le délit de postulation ou pour venger son honneur injustement attaqué (2).

L'intervention se fait dans la forme d'une requête d'avoué (art. 339 C. pr.) Le législateur n'exige pas ici une assignation, parce que les parties sont déjà en justice. D'un autre côté, un simple acte d'avoué à avoué ne suffit pas, parce que cet acte est seulement permis entre parties et que l'intervenant n'est pas encore partie. Cependant, certains auteurs admettent cette forme et même de simples conclusions verbales en matière sommaire. La requête grossoyée de l'intervenant contient la prétention de cet intervenant, les moyens à l'appui, constitution d'avoué et copie des pièces justicatives (art. 339 C. pr.). Il y aurait nullité si l'intervenant employait une autre forme, mais cette nullité se couvrirait, conformément à l'article 173, notamment si l'on avait admis l'intervenant à plaider sur le fond (3).

L'avoué de l'intervenant signifie directement sa requête aux autres avoués de la cause. Les parties répondent quelquefois par une requête à celle de l'intervenant (art. 75 du tarif); d'ailleurs, aucun délai ne leur est imparti à cet effet. Si l'audience arrive avant que les parties aient répondu à l'intervention par requête, la réponse est alors donnée verbalement à l'audience.

Lorsque le défendeur n'a pas comparu, l'intervenant signifie son intervention au demandeur par requête grossoyée de son avoué et au défendeur par exploit d'huissier dans la forme des ajournements, car celui-ci n'a pas d'avoué; en d'autres termes, il assigne le défendeur défaillant par exploit d'ajournement. On a dit qu'en pareil cas l'intervention ne doit pas être admise parce qu'elle aurait pour effet de retarder le jugement de la cause principale, ce qui est interdit par l'article 340 ; mais c'est là une solution trop absolue, car il peut très bien arriver que le tribunal n'adjuge pas sur-le-champ au demandeur le bénéfice de ses conclusions et, dans ce cas, rien

(1) Nous reviendrons sur cette question à propos des syndicats professionnels.

(2) Trib. de Cherbourg, 20 novembre 1883, D. P. 85, 2, 57; trib. du Puy, 2 décembre 1884, D. P. 86, 3, 47.

(3) A plus forte raison, la nullité ne peut-elle être invoquée pour la première fois en cause d'appel. Lyon, 22 mars 1884, D. P. 85, 2, 199.

ne s'oppose à ce que l'intervention soit admise, parce qu'elle ne retarde plus le jugement de la cause principale.

L'intervention est recevable en tout état de cause et jusqu'à la clôture des débats (1). L'article 340 ajoute que « l'intervention ne pourra retarder le jugement de la cause principale quand elle sera en état », c'est-à-dire quand elle se présentera au moment où l'instruction de la cause sera terminée. Ces mots « en état » n'ont pas, en effet, ici le sens que leur donne l'article 343 (2). D'ailleurs, la loi est trop étroite dans sa rédaction, car l'intervention ne peut pas non plus retarder la cause principale, même si celle-ci n'est pas en état. En réalité, la loi a voulu abandonner à l'appréciation du tribunal la question de savoir si l'intervention sera une cause de retard et si elle doit être admise ou non. On a craint que des interventions frauduleuses, faites par collusion avec une des parties, n'eussent pour objet d'assurer des lenteurs.

Si l'intervention est contestée par les parties, il faut un jugement qui la déclare recevable, mais si déjà à ce moment le fond est en état, il doit être statué sur le tout par un seul et même jugement.

Dans les affaires qui s'instruisent par écrit, lorsque l'intervention est contestée, l'incident est porté à l'audience (art. 341 C. pr.). Mais, en supposant l'intervention admise, s'instruira-t-elle aussi nécessairement par écrit? Nous ne le pensons pas, et il faut reconnaître ici, par analogie, le même pouvoir au tribunal qu'en matière incidente (art. 338 C. pr.).

On s'est demandé si le jugement qui statue sur l'admission ou le rejet de l'intervention est préparatoire ou interlocutoire, sans remarquer qu'il ne saurait avoir ni l'un ni l'autre de ces caractères, par cela même qu'il n'ordonne pas une mesure d'instruction; c'est tout simplement un jugement définitif sur un incident.

Dans le cas où l'intervention est de nature à exiger des mesures d'instruction spéciales, le tribunal a certainement le droit de la séparer de la demande principale ou même de l'écarter (art. 340 C. pr.).

Lorsque l'intervenant prend part au procès à un point de vue tout à fait personnel, il a le choix entre tous ses moyens d'attaque ou de défense, quant au fond de l'affaire, et s'il agit en qualité d'ayant cause de l'un des plaideurs, son action, ou sa défense, se confond avec celle de l'ayant droit et ne peut pas aller plus loin. Dans ce dernier cas, l'intervenant ne peut pas demander une nouvelle mesure d'instruction si la partie dont il est l'ayant cause est déchue de ce droit, car on le considère comme ayant été représenté à la première. Ainsi l'intervenant pourra toujours demander une seconde vérification d'écritures, parce que tel serait aussi le droit de la partie originaire. Mais s'il a été fait une enquête nulle par la faute de cette partie, dont l'intervenant est l'ayant cause, celui-ci ne peut, pas plus que cette partie, demander une nouvelle enquête. D'une manière générale, une intervention même régulière et

(1) Bruxelles, 12 janvier 1888, D. P. 89, 2, 293. Jugé cependant que le tiers qui intervient dans un procès pour demander la suppression d'écrits injurieux ou diffamatoires ne peut le faire que dans le délai de trois mois à partir de la diffamation (loi du 29 juillet 1881, art. 65) et sa demande serait ensuite non recevable, même si l'intervention se produisait avant la clôture des débats.

(2) Orléans, 24 mai 1883, D. P. 84, 2, 149.

fondée en droit ne saurait avoir pour effet de rendre valable une demande principale ou un incident entaché de nullité (1).

Certains auteurs ont prétendu qu'on ne doit pas admettre une intervention qui aurait pour objet de demander la péremption de l'instance. Mais on ne voit pas la raison de cette solution, et du moment que l'intervenant a intérêt à demander cette péremption, il faut l'y autoriser.

Quand l'intérêt de l'intervenant s'identifie avec celui de quelqu'une des parties, la recevabilité de l'intervention une fois reconnue ou jugée, cette intervention ne présente plus aucune question particulière à décider, mais si les intérêts de l'intervenant diffèrent de ceux des autres parties, il y a lieu de statuer spécialement sur ses conclusions, et il peut très bien arriver qu'après avoir triomphé sur la question de recevabilité, l'intervenant succombe néanmoins sur le fond de ses prétentions. De même, rien ne s'oppose à ce que l'intervenant étant devenu partie, on forme contre lui des demandes reconventionnelles. De même encore, le jugement a pour lui autorité de la chose jugée, mais il peut l'attaquer suivant les principes du droit commun.

Pour savoir si le sort de l'intervention est lié, quant à la procédure, à celui de l'instance principale, il faut distinguer entre les causes de nullité et les causes d'extinction de cette instance; les causes de nullité produisent effet à l'égard de tous, aussi bien vis-à-vis de l'intervenant que vis-à-vis des parties originaires, tandis que les causes d'extinction sont en général personnelles. Ainsi, si l'instance principale est annulée, par exemple pour nullité de l'ajournement ou pour cause d'incompétence, l'intervention tombe avec l'instance principale. Mais le désistement de la demande, signifié depuis l'intervention, n'éteindrait l'instance à l'égard de l'intervenant qu'autant que celui-ci ne s'y opposerait pas (2). Réciproquement, l'acquiescement du défendeur à la demande principale ne lierait pas l'intervenant dont les intérêts seraient distincts. De même, on conçoit très bien que le défendeur demande la péremption d'instance contre le demandeur originaire et ne la propose pas contre l'intervenant; de même encore l'acquiescement d'une partie au jugement n'empêche pas l'intervenant d'interjeter appel de son chef, et ainsi il pourra arriver que le jugement acquière force de chose jugée vis-à-vis de l'une des parties et soit réformé sur l'appel de l'intervenant ou réciproquement.

La loi a toujours supposé que l'intervention était volontaire de la part de l'intervenant, que celui-ci demandait à entrer dans l'instance. Mais quelquefois un tiers peut être appelé après coup comme défendeur dans un procès déjà engagé et malgré lui. Ainsi, l'acheteur peut appeler le vendeur en garantie; de même, après avoir formé une demande contre Paul, je m'aperçois pendant l'instance que cette demande en entraîne nécessairement une autre contre Pierre, connexe à la première, et alors j'appelle Pierre en cause pour faire déclarer le jugement commun avec lui. On voit que l'intervention forcée ou, comme on dit encore plus souvent, la demande en décla-

(1) Poitiers, 27 mai 1880, D. P. 81, 2, 18; civ. cass., 12 août 1889, D. P. 90, 1, 457; Rennes, 9 février 1891, D. P. 91, 2, 174.

(2) Voy. cependant Metz, 13 juillet 1865, D. P. 65, 2, 126.

ration de jugement commun, qui a pour objet de mettre en cause une personne jusqu'alors étrangère au procès, peut être formée aussi bien par le demandeur que par le défendeur. Aucune loi ne l'autorise directement, mais elle résulte implicitement des dispositions relatives à la connexité qui permettent de réunir deux demandes devant un même tribunal, par cela seul qu'elles ont un rapport intime entre elles. Cette connexité existe notamment s'il s'agit d'un tiers qui, dans le cas où il resterait étranger au procès, aurait le droit d'attaquer le jugement par la tierce opposition ou d'en décliner l'autorité par une fin de non-recevoir (1). Mais une question plus délicate est celle de savoir si le tribunal, à défaut des parties, peut ordonner la mise en cause d'un tiers. Nous n'hésitons pas à adopter la négative : aucun texte ne confère ce droit aux tribunaux, et l'esprit de notre procédure est de laisser la direction des affaires aux parties elles-mêmes. La Cour de cassation a, cependant, jugé le contraire et permis aux tribunaux d'appeler des tiers en cause, mais seulement à titre de mesure d'instruction (2).

L'intervention forcée n'est pas introductive d'instance, mais constitue bien une demande principale. Il en résulte qu'elle est dispensée de la tentative de conciliation et qu'elle s'introduit par voie d'ajournement. Elle peut être portée devant un tribunal qui aurait été incompétent d'une manière relative, si elle avait été introductive d'instance; c'est la conséquence de la connexité.

D'après la jurisprudence, il est permis d'appeler en déclaration de jugement commun, même pour le première fois en cause d'appel (3), tout au moins ceux qui auraient le droit de faire tierce opposition à l'arrêt. Cette solution paraît assez naturelle au premier abord : puisqu'il s'agit de personnes qui pourraient attaquer l'arrêt, il semble légitime de permettre, par réciprocité, d'introduire ces mêmes personnes en cause d'appel. Cependant l'opinion contraire est mieux fondée : la tierce opposition, comme on le verra plus loin, est toujours facultative; il n'est donc pas permis d'affirmer que celui qui aurait à sa disposition cette voie de recours en userait nécessairement. De ce qu'il peut faire tierce opposition, il n'est pas permis de conclure par réciprocité qu'on peut le priver du premier degré de juridiction.

D'ailleurs, en cas d'intervention forcée, la disjonction des deux causes est possible toutes les fois que la cause introduite contre l'intervenant serait de nature à retarder le jugement de la cause principale.

(1) Req., 18 décembre 1883, D. P. 84, 1, 402 et ma note sous cet arrêt; Pau, 9 février 1885, D. P. 86, 2, 173; Pau, 16 novembre 1885, D. P, 86, 2, 278.; Pau, 24 janvier 1887, D. P. 88, 2, 278.

(2) Req., 2 août 1876, D. P. 77, 1, 224.

(3) Civ. rej., 5 novembre 1877, D. P. 80, 1, 79; Nancy, 3 janvier 1880, D. P. 82, 2, 138; Rouen, 13 juin 1881, D. P. 83, 2, 110; Pau, 29 juin 1891, D. P. 92, 2, 614; Bordeaux, 31 juillet 1893, D. P. 94, 2, 541; civ. rej., 21 octobre 1895, D. P. 96, 1, 417; Grenoble, 13 juillet 1897, D. P. 98, 2, 38; Nancy, 12 février 1898, D. P. 99, 2, 86.

# CHAPITRE IV

## INCIDENTS RELATIFS AU TRIBUNAL.

### § 94. — Du règlement de juges (art. 363 à 368 C. pr.).

Le règlement de juges suppose un conflit de juridiction entre deux tribunaux qui se prétendent l'un et l'autre compétents pour une même affaire ou qui, au contraire, refusent de la juger en se disant tous deux incompétents. Dans le premier cas, il y a conflit positif; dans le second cas, conflit négatif. Remarquons que ces deux tribunaux peuvent être dans leur droit en jugeant ainsi. En matière mixte, ou s'il existe plusieurs défendeurs, deux ou plusieurs tribunaux peuvent être compétents, de même qu'ils peuvent être incompétents si on n'a pas saisi le tribunal déterminé par la loi. On ne saurait pourtant admettre, dans le premier cas, que les tribunaux puissent juger tous deux, car on risquerait des contrariétés de jugements, ni que, dans le second cas, les parties puissent rester sans juges, du moins lorsque deux tribunaux compétents ont refusé de statuer en se croyant à tort incompétents. Les parties peuvent sans doute, tant que les deux tribunaux ne se sont pas déclarés compétents, proposer devant le tribunal saisi le second l'exception de litispendance ou celle de connexité. Mais si l'exception est repoussée, alors le conflit éclate et il faut bien, pour le faire cesser, le porter à une juridiction supérieure.

Lorsqu'un conflit s'élève entre deux tribunaux ou autorités d'ordres différents, par exemple entre un tribunal d'arrondissement et un conseil de préfecture ou un préfet, il y a conflit d'attribution, lequel est réglé, d'après la loi du 24 mai 1872, par le tribunal des conflits, composé moitié de conseillers de la Cour de cassation, moitié de conseillers d'État. Il y a, au contraire, conflit de juridiction, le seul qui doive nous occuper ici, lorsqu'il s'élève entre deux tribunaux de l'ordre judiciaire, par exemple deux juges de paix, deux tribunaux d'arrondissement, deux cours d'appel.

Il résulte de l'article 363 que le conflit doit être déféré à la juridiction supérieure dont ressortissent directement les deux tribunaux. Ainsi la difficulté existe-t-elle entre deux juges de paix, le conflit sera déféré au tribunal d'arrondissement, si les deux justices de paix ressortissent à ce tribunal; si elles relèvent de tribunaux différents, mais ressortissent à la même cour d'appel, c'est celle-ci qui réglera le conflit; enfin si elles ressortissent à des cours d'appel différentes, le règlement sera porté à la Cour de cassation. Lorsque le conflit existe entre deux tribunaux d'arrondissement, il est soumis à la cour d'appel ou à la Cour de cassation, selon que ces tribunaux ressortissent à la même cour d'appel ou à des cours d'appel différentes. On donnerait la même solution pour le cas de conflit entre deux tribunaux de commerce (1). Le

(1) Par exemple, s'ils avaient tous deux déclaré la même faillite. Req., 4 janvier 1875, S. 75, 1, 291; req., 12 juin 1883, S. 84, 1, 257; req., 13 juin 1888, D. P. 88, 1, 272; Orléans, 17 mai 1889, D. P. 90, 2, 294; req., 18 juin 1894, D. P. 94, 1, 440.

conflit existe-t-il entre deux conseils de prud'hommes du même arrondissement, il semble qu'il doive être porté au tribunal civil et non au tribunal de commerce, bien que celui-ci soit le juge d'appel, mais parce que le règlement de juges n'est pas une affaire commerciale. Cette solution ne fera aucune difficulté si le projet de loi actuellement en discussion est voté, car il enlève l'appel des conseils de prud'hommes aux tribunaux de commerce et le donne aux tribunaux d'arrondissement.

Le Code de procédure ne prévoit le règlement de juges que pour le cas de litispendance (art. 363 C. pr.) (1). La litispendance suppose une seule affaire pendante entre les mêmes parties devant deux tribunaux différents (2). En second lieu, il faut supposer qu'il s'agit d'affaires contentieuses. En matière de juridiction gracieuse et, par exemple, si pour la même tutelle deux tuteurs avaient été nommés devant deux juges de paix différents, il faudrait prendre la voie de l'action ordinaire ; dans notre exemple, on demanderait au tribunal civil la nullité de la seconde nomination. Enfin, la litispendance suppose que les deux tribunaux sont actuellement saisis par ajournement et qu'ils n'ont pas encore statué par décision passée en force de chose jugée (arg. art. 363 et 364 C. pr.). S'il y a eu ajournement devant un des deux tribunaux et si on n'en est encore d'ailleurs qu'à la tentative de conciliation, il ne peut pas être question de conflit. En sens inverse, le conflit cesse dès qu'un des deux tribunaux a statué sur le fond par jugement passé en force de chose jugée (3). Il ne faut pas confondre ce cas avec celui où les deux tribunaux ont statué par des jugements de même nature : ou ces deux jugements sont identiques, et alors il ne peut s'élever aucune question, ou ils sont en sens contraire, et alors il y a lieu à appel ou à pourvoi en cassation contre le second jugement (art. 504 C. pr.). Il n'y a pas non plus lieu à règlement de juges, parce que le conflit a cessé lorsqu'un des tribunaux a rendu un jugement qui n'est pas ou n'est plus susceptible d'opposition ni d'appel ; si le tribunal qui n'a pas encore statué veut continuer l'instruction, on opposera devant lui la force de chose jugée et il devra s'arrêter sous peine d'encourir la censure de la Cour de cassation (4). Mais si le jugement déjà rendu n'est pas passé en force de chose jugée, s'il peut encore être attaqué par la voie de l'opposition ou par celle de l'appel, le règlement de juges devra être admis, car il suffit de former opposition ou d'interjeter appel pour faire apparaître le conflit. Il semble même qu'on doive permettre le règlement de juges, bien qu'il n'y ait ni opposition ni appel, car il serait puéril d'obliger la partie à faire un acte de procédure par la raison que le conflit n'existe que d'une manière latente.

(1) S'il y a litispendance devant deux chambres d'un même tribunal, c'est le président qui règle le conflit (décret du 30 mars 1808, art. 25 et 63).

(2) Jugé qu'il y a litispendance bien que la formule de la demande portée devant diverses juridictions ne soit pas la même, si cependant, quant au fond, le procès est le même, notamment lorsqu'il s'agit de savoir si tel contrat doit être ou non exécuté. Req., 24 mai 1880, S. 82, 1, 115.

(3) Req., 3 mai 1892, D. P. 93, 1, 278 ; req., 1er août 1892, D. P. 92, 1, 560 ; civ. rej., 27 novembre 1898, D. P. 99, 1, 449 et ma note.

(4) Cass., 26 avril 1854, S. 60, 1, 560 ; req., 7 mai 1878, S. 80, 1, 456 ; Cass., 7 juin 1880, S. 80, 1, 348 ; req., 5 avril 1880, S. 82, 1, 252.

Le plus souvent, mais non pas toujours, la partie a le choix entre le règlement de juges et un ou plusieurs autres moyens. Ainsi, si les deux juridictions saisies de la même affaire n'ont statué, ni l'une ni l'autre, sur la compétence, dans ce cas la partie a le choix entre l'exception déclinatoire et le règlement de juges (1). Dans le cas où l'un seulement des deux tribunaux se serait déclaré compétent, le choix existerait alors entre l'appel et le règlement de juges. On donnerait la même solution dans un troisième cas, celui où les deux tribunaux auraient repoussé l'exception déclinatoire de litispendance. Si le jugement par lequel un seul des deux tribunaux s'est déclaré compétent est passé en force de chose jugée, alors il ne reste plus à la partie que le règlement de juges.

Une question plus délicate est celle de savoir s'il y a lieu à règlement de juges, lorsque l'affaire est pendante devant une cour d'appel saisie par appel du jugement du tribunal d'arrondissement et devant un tribunal de première instance. La raison de douter vient de ce que les deux juridictions saisies ne sont pas placées au même degré de la hiérarchie judiciaire. On peut ajouter qu'en outre, devant le tribunal d'arrondissement, la partie est en droit d'opposer l'autorité de la chose jugée, car si l'appel suspend l'exécution, il n'anéantit pourtant pas le jugement. Cependant l'opinion contraire est préférée par la doctrine et par la jurisprudence pour deux motifs : nulle part la loi n'exige comme condition du règlement de juges que l'affaire soit pendante devant deux juridictions du même degré (2) ; d'un autre côté, l'esprit de la loi est d'ouvrir le règlement de juges assez largement pour permettre aux parties d'y entrer toutes les fois qu'elles croient cette procédure conforme à leurs intérêts.

Le second cas de règlement de juges est celui de connexité. La loi ne le prévoit pas dans l'article 363 du Code de procédure qui parle seulement de la litispendance. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour placer la connexité sur la même ligne que la litispendance, par interprétation de l'esprit de la loi. La connexité, en effet, peut être une cause de conflit et du moment qu'on a le droit de la soulever sous forme d'exception, il doit aussi être permis de l'invoquer par la voie du règlement de juges. Les parties auront donc le choix, en cas de connexité, entre les différents moyens indiqués pour la litispendance et parmi lesquels se trouve le règlement de juges (3). Mais la jurisprudence exige qu'en cas de connexité, comme en cas de litispendance, les deux instances soient liées entre les mêmes parties (4). Cette solution nous paraît contestable. Cette condition n'est, en effet, pas exigée pour l'exception de connexité et on ne voit pas pour quel motif elle serait imposée en cas de règlement de juges.

Nous arrivons à un troisième cas, celui de rejet de l'exception déclinatoire

(1) Req., 23 janvier 1888 D. P. 88, 1, 405.

(2) Cependant l'article 363 ne suppose que des cas de cette nature.

(3) Req., 6 décembre 1875 et 23 février 1876, S. 76, 1, 165 ; req., 8 décembre 1880, S. 82, 1, 103 ; req., 25 février 1884, S. 85, 1, 120 ; req., 2 juin 1885, S. 85, 1, 375 ; req., 19 juillet 1887, S. 88, 1, 80 ; req., 13 février 1888, D. P. 88, 1, 150 ; req., 4 décembre 1888, D. P. 89, 1, 389 ; req., 30 novembre 1891, D. P. 93, 1, 310.

(4) Voy. la note sous S. 67, 1, 80 ; cpr. req., 17 juillet 1882, S. 83, 1, 120. Voy. cependant, dans notre sens, req., 19 juillet 1887, D. P. 88, 1, 147 ; req., 13 février 1888, D. P. 88, 1, 150.

qui est encore régie par l'ordonnance de 1737 (tit. II, art. 19 et 20). On suppose qu'un seul tribunal ayant été saisi, l'une des parties a opposé l'incompétence et que le tribunal, rejetant le déclinatoire, s'est déclaré compétent. Si le tribunal s'était déclaré incompétent, il n'y aurait lieu qu'à appel : il ne pourrait être question de règlement, la décision d'incompétence faisant disparaître toute crainte d'un conflit positif et, d'un autre côté, il ne peut être question de conflit négatif tant qu'un seul tribunal s'est déclaré incompétent. Il semble aussi que, dans le cas où le seul tribunal saisi s'est déclaré compétent, il n'y ait pas lieu à règlement de juges, puisque le conflit n'existe pas. Mais que manque-t-il pour que cette procédure de règlement de juges puisse s'ouvrir? Qu'un autre tribunal soit saisi, c'est-à-dire qu'une assignation soit donnée devant un autre tribunal. Or qu'importe cette formalité et ne serait-il pas puéril d'obliger celui qui veut prendre la voie du règlement de juges à lancer au préalable une assignation devant le tribunal qu'il croit compétent?

Aussi l'ordonnance de 1737 (tit. II, art. 19 et 20), encore aujourd'hui en vigueur pour la Cour de cassation, autorisait dans ce cas le règlement de juges et le Code de procédure n'a pas abrogé cette disposition : il a seulement réglé la compétence et la procédure du règlement de juges, mais n'a pas entendu en déterminer limitativement les cas d'application. D'ailleurs on est d'accord pour décider, en doctrine et en jurisprudence, qu'en cas de rejet de l'exception déclinatoire par le tribunal qui a été seul saisi, la partie a le choix entre l'appel contre le jugement et le règlement de juges lequel est, en pareil cas, directement porté à la Cour de cassation (1). Cette cour ne pourrait pas statuer par voie de règlement si la partie avait demandé son renvoi devant un autre tribunal ressortissant de la même cour d'appel que celui qui a rejeté l'exception déclinatoire (ord. de 1737, tit. III, art. 1er). En pareil cas, la partie aurait seulement la voie de l'appel. La cour d'appel ne pourrait même statuer que par voie de réformation et non par voie de règlement, car ses attributions en matière de règlement sont limitativement déterminées par le Code de procédure, qui les a restreintes au cas où le différend est porté devant deux ou plusieurs tribunaux ressortissant de cette cour. De son côté, la Cour de cassation ne pourrait pas statuer sur le règlement de juges si deux tribunaux avaient été saisis ; on ne serait plus dans le cas spécial de l'ordonnance de 1737 (2). Mais le règlement de juges devant la Cour de cassation reste ouvert tant que le jugement sur le fond, après rejet de l'exception déclinatoire, est susceptible d'une voie de recours, c'est-à-dire tant que le délai d'appel, s'il est en premier ressort, ou celui du pourvoi en cassation, s'il est en dernier ressort, n'est pas expiré (3). D'ailleurs, le pourvoi en cassation pour

(1) Req., 15 décembre 1874, D. P. 75, 1, 384 ; req., 16 novembre 1884, D. P. 85, 1, 460 ; req., 17 février 1885, D. P. 86, 1, 14 ; req., 22 novembre 1886, D. P. 88, 1, 63 ; req., 11 juin 1888, D. P. 89, 1, 293 ; req., 18 mars 1890, D. P. 90, 1, 443 ; req., 19 octobre et 30 novembre 1891, D. P. 93, 1, 9 ; req., 30 juillet 1894, D. P. 95, 1, 86 ; req., 11 mars 1896, D. P. 96, 1, 247.

(2) Req., 27 février 1877, D. P. 79, 1, 205 ; req., 16 juin 1880, S. 80, 1, 349 ; req., 17 juillet 1882, D. P. 83, 1, 475.

(3) Req., 7 juin 1880, S. 80, 1, 349 ; req., 17 décembre 1879, S. 81, 1, 27 ; req., 13 juillet 1881, S. 81, 1, 470 ; req., 2 août 1882, S. 83, 1, 154 ; req., 15 juillet 1884, S. 85, 1, 348 ; req., 1er décembre 1884, S. 85, 1, 484 ; req., 1er décembre 1884, S. 86, 1, 276.

rejet de l'exception déclinatoire suppose que celui qui invoque ce moyen n'a pas couvert l'exception. Ainsi, il ne pourrait pas s'en prévaloir si, après le rejet de son exception par le tribunal, il avait conclu au fond ou même s'il avait seulement proposé l'exception de nullité (1). De même, le rejet d'un déclinatoire ne peut pas donner lieu à règlement de juges devant la Cour de cassation, lorsque ce rejet est motivé sur l'interprétation de la convention des parties, car la Cour de cassation n'a pas le droit d'interpréter ces conventions (2).

Les dispositions de l'ordonnance du 28 juin 1738 s'appliquent à ces règlements de juges devant la Cour de cassation (3).

En cas de conflit négatif, pour qu'il y ait lieu au règlement de juges, il faut d'abord que les deux tribunaux se soient déclarés incompétents et que de plus, et c'est là une seconde condition essentielle, de ces deux tribunaux l'un soit vraiment le seul tribunal compétent, car si la compétence appartenait à un troisième tribunal, il y aurait lieu de le saisir directement et il ne saurait être question du règlement de juges. Au premier abord, on pourrait être porté à croire que l'article 363 du Code de procédure ne s'applique pas au conflit négatif, car cet article parle d'un différend pendant devant deux tribunaux; or, quand les deux tribunaux se sont déclarés incompétents, comme ils sont dessaisis, il n'y a plus de différend qui soit pendant; mais il faut bien, pour sortir d'embarras, aller au delà des termes de l'article 363 du Code de procédure (4).

Celle des deux parties qui veut former une demande en règlement de juges doit d'abord s'y faire autoriser par la juridiction du tribunal qui doit connaître du règlement (art. 364 C. pr.). A cet effet, cette partie présente une requête à la juridiction compétente pour le règlement. Cette requête est examinée en chambre du conseil sans qu'on appelle l'autre partie. Puis, il est rendu jugement à l'audience et après conclusions du ministère public (art. 83 C. pr.).

Le jugement ou arrêt peut admettre ou repousser la demande en règlement de juges et, par exemple, la demande sera rejetée s'il est reconnu qu'il s'agit de deux affaires différentes et qu'il n'y a pas litispendance. Le tribunal qui admet le règlement de juges peut, par le même jugement, aux termes de l'article 364 du Code de procédure, ordonner qu'il soit sursis à toute procédure devant les tribunaux qui se sont déclarés compétents; mais cette disposition suppose un conflit positif, car il est évident qu'elle ne saurait comporter aucune application si les deux tribunaux s'étaient déclarés incompétents. Si le sursis n'a pas été ordonné, en cas de conflit positif la procédure peut être continuée devant les deux tribunaux, mais sa validité demeure subordonnée à la décision à intervenir sur la demande en règlement.

(1) Req., 30 janvier 1882, S. 84, 1, 373; req., 14 janvier 1896, D. P. 96, 1, 287.

(2) Req., 6 mars 1877, S. 77, 1, 253; req., 9 novembre 1885, S. 86, 1, 206.

(3) Req., 20 juillet 1886, D. P. 87, 1, 100.

(4) Lorsqu'un conflit existe entre un tribunal français et un tribunal étranger, il ne peut pas être question du règlement de juges, puisqu'il n'existe pas de juridiction supérieure commune à ces deux tribunaux. Jugé que le conflit négatif entre deux cours d'appel ne peut être admis qu'autant qu'il n'y a plus aucune autre voie de recours contre les décisions de première instance. Douai, 21 juillet 1897, D. P. 98, 2, 175. Mais on ne voit pas comment, en droit, on peut justifier cette restriction.

Le demandeur autorisé à poursuivre le règlement de juges doit signifier le jugement qui le lui permet et assigner ses adversaires au domicile de leurs avoués, le tout dans le délai de quinze jours à compter du jugement; les parties ont, pour comparaître, le délai ordinaire des ajournements, augmenté d'un jour par cinq myriamètres à raison des distances entre le lieu où siège la juridiction compétente et le domicile des avoués (art. 365 C. pr.). Le tribunal connaît du règlement de juges suivant les formes ordinaires usitées pour la procédure devant lui.

Quand le demandeur n'a pas assigné dans les délais fixés par la loi, il est déchu du règlement de juges de plein droit, et les poursuites peuvent être continuées devant le tribunal saisi par le défendeur en règlement. L'article 366 du Code de procédure, en prononçant cette déchéance, suppose que chacune des deux parties a saisi un des deux tribunaux et il décide alors, tout naturellement, que la procédure engagée devant le tribunal saisi par le demandeur en règlement doit s'arrêter et que la procédure engagée devant le tribunal saisi par le défendeur en règlement doit continuer. Mais si les deux tribunaux avaient été saisis par la même partie, le défendeur à ces deux instances, demandeur en règlement de juges, serait nécessairement déchu de sa demande d'une manière absolue; il pourrait cependant la recommencer, puisque le conflit continuerait. Il en serait de même dans le cas d'un conflit négatif, la déchéance ne pouvant attribuer compétence à aucun tribunal.

Le règlement de juges peut se terminer de différentes manières. Parfois la demande en règlement peut être repoussée; c'est ce qui aurait lieu si le conflit n'était pas prouvé, par exemple s'il était établi qu'il s'agit de deux procès différents entre les mêmes parties et qu'il n'y a ni litispendance ni connexité. En pareil cas, le demandeur en règlement de juges est condamné aux frais de la procédure (1) et peut encourir des dommages-intérêts envers les autres parties, si elles les demandent (2).

Lorsque le conflit est constaté, plusieurs hypothèses peuvent se présenter. En cas de conflit négatif, le jugement qui statue sur le règlement de juges indique celui des deux tribunaux qui s'est à tort déclaré incompétent et lui prescrit de reprendre la procédure. La partie qui avait à tort proposé l'incompétence de ce tribunal paiera les frais du règlement; mais si le tribunal s'était d'office déclaré incompétent, il faudrait bien réserver les frais. Dans le cas où le juge du règlement reconnaîtrait que les deux tribunaux étaient effectivement incompétents, alors il ne pourrait pas prescrire à l'un ni à l'autre de reprendre l'affaire et, comme le demandeur en règlement succomberait, il en paierait les frais.

Arrivons au cas de conflit positif. Il peut se faire que les deux tribunaux étaient en effet compétents pour connaître du procès ou, ce qui revient au même, que l'incompétence était couverte. Pour faire cesser le conflit, le juge chargé du règlement décide quel est le tribunal qui restera saisi à l'exclusion de l'autre. En principe, il doit se prononcer pour le tribunal qui a été saisi le premier (3). En pratique, pour économiser du temps et des frais,

(1) Nancy, 31 décembre 1887, D. P. 89, 2, 133.
(2) Req., 14 janvier 1896, D. P. 96, 1, 287.
(3) Req., 9 juin 1885, S. 85, 1, 436.

le juge du règlement préfère souvent le tribunal devant lequel l'instruction est plus avancée, bien qu'il ait été saisi le second (1). Dans ce cas, les dépens doivent encore être réservés jusqu'à la fin de la cause.

Si le juge du règlement reconnaît qu'un seul des tribunaux saisis était compétent et que le second était incompétent, alors il doit nécessairement laisser l'affaire au premier et l'enlever au second, et les frais du règlement resteront à la charge de celui qui avait saisi ce second tribunal.

On peut prévoir un dernier cas qui sera toutefois beaucoup plus rare, celui de deux tribunaux qui se croyaient tous deux compétents et qui étaient cependant l'un et l'autre incompétents. Dans ce cas, le juge du règlement doit déclarer nulles les procédures de ces deux tribunaux, condamner chaque partie aux frais faits devant la juridiction qu'elle a saisie à tort et compenser les dépens de l'instance en règlement de juges.

Il va sans dire que si les juges ont été réglés à la Cour de cassation, il ne peut être question d'aucune voie de recours contre l'arrêt de cette cour. Si le règlement a été fait par une cour d'appel, on admettra sans difficulté le pourvoi en cassation pour cause de violation de la loi. Il n'est pas douteux non plus qu'on autoriserait l'opposition, si le règlement de juges résultait d'un jugement par défaut d'un tribunal d'arrondissement ou d'un arrêt par défaut d'une cour d'appel. Mais lorsque le règlement de juges a été fait par le jugement d'un tribunal d'arrondissement, parce que le conflit s'était élevé entre deux tribunaux de paix de son ressort, ce jugement est-il susceptible d'appel? La question est très délicate et fort controversée. Pour l'affirmative, on invoque d'autant plus facilement le droit commun qu'il s'agit ici d'une demande dont on ne saurait faire l'évaluation en argent et qui intéresse l'organisation même de la justice. Cette solution est cependant fort contestable. On remarquera, en effet, qu'il ne s'agit pas là d'une décision ordinaire; ce règlement de juges est l'œuvre d'un tribunal souverain dans son ressort, faisant acte d'administration plutôt que de juridiction, donnant des ordres à ses subordonnés au lieu de vider un différend. Aussi estimons-nous qu'un pareil jugement ne peut être attaqué que par la voie du pourvoi en cassation pour cause de violation de la loi.

Devant la Cour de cassation, on suit les dispositions de l'ordonnance de 1737 (tit. II) combinées avec celles de l'ordonnance du 28 juin 1738 sur la procédure au Conseil (2). D'après l'ordonnance de 1737, on pouvait assigner en règlement de juges, soit en vertu de lettres de chancellerie, soit en obtenant au Conseil un arrêt de soit communiqué. Cette dernière voie est la seule qui subsiste, les lettres de chancellerie ayant été abolies (loi du 7 septembre 1790). La demande est formée à la Cour de cassation par requête d'avocat tendant à obtenir la permission d'assigner en règlement; cette requête contient élection de domicile chez l'avocat qui l'a rédigée, lequel la signe et se constitue à peine de nullité. Aucune consignation n'est exigée, car celui qui succombe n'est passible d'aucune amende. La requête déposée au greffe est renvoyée à un rapporteur et lue par lui à l'audience de la

(1) Req., 19 juillet 1887, S. 88, 1, 80; req., 13 février 1888, S. 88, 1, 256.
(2) Req., 14 janvier 1896, D. P. 96, 1, 214; cpr. req., 20 juillet 1886, D. P. 87, 1, 100.

chambre des requêtes; le ministère public est entendu. S'il n'y a pas lieu à règlement, la demande est rejetée et tout est fini. Dans le cas contraire, la chambre des requêtes rend un arrêt de soit communiqué qui ordonne en même temps aux juridictions saisies de surseoir. La signification de cet arrêt aux parties intéressées s'est faite, jusqu'à la loi du 2 juin 1862, dans les délais indiqués par l'ordonnance de 1737 et qui variaient suivant les provinces. Ces délais ont été modifiés par l'article 8 de la loi du 2 juin 1862. Cette loi veut que l'arrêt de soit communiqué soit signifié dans le mois de sa date, à peine de déchéance, mais la chambre des requêtes peut, suivant les circonstances, réduire ou augmenter ce délai. A partir du jour où l'arrêt de soit communiqué a été signifié, on doit surseoir à toute procédure devant les juridictions saisies, à peine de nullité. La signification de cet arrêt tient lieu d'assignation aux parties qui doivent comparaître dans le délai fixé par l'article 3 de la loi du 2 juin 1862, à moins que ce délai n'ait été réduit ou augmenté par l'arrêt de la chambre des requêtes. Faute par le demandeur en règlement d'avoir fait la signification de l'arrêt de soit communiqué dans le délai de l'ordonnance, il est déchu du bénéfice de l'arrêt et le défendeur peut continuer les poursuites devant le tribunal par lui saisi; mais cela suppose un conflit positif.

On remarquera qu'il est statué définitivement sur le règlement de juges par la chambre des requêtes, qui dans ce cas ne renvoie pas à la chambre civile.

Si le défendeur, sans tenir compte de l'arrêt de soit communiqué qui lui a été notifié avec assignation devant la chambre des requêtes, au lieu de surseoir à la procédure l'avait continuée et avait obtenu jugement sur le fond, ce jugement, ainsi que la procédure qui l'a préparé et la procédure d'exécution qui a pu le suivre, serait nul, même pour le cas où la demande en règlement de juges serait repoussée, et le défendeur qui l'aurait obtenu encourrait, pour avoir poursuivi la procédure, l'amende de 75 livres édictée par l'ordonnance de 1737 (tit. II, art. 14).

## § 95. — Des différentes causes de renvoi à un autre tribunal (art. 368 à 378 C. pr.).

Le renvoi à un autre tribunal portait, dans notre ancien droit, le nom d'évocation et, si on a évité ce nom dans le code, c'est uniquement pour éteindre jusqu'au souvenir d'un état de choses qui avait donné lieu aux injustices les plus révoltantes. Il y avait en effet, autrefois, deux sortes d'évocations, les évocations de grâce et les évocations de justice. Le privilège attaché aux évocations de grâce permettait d'enlever aux juges naturels la connaissance d'un procès pour l'attribuer à d'autres juges. Tantôt ce privilège s'appliquait à toutes les affaires d'une personne ou d'une corporation, tantôt il était spécial à une affaire déterminée. Les évocations de justice s'obtenaient à raison des parentés et alliances que l'une des parties pouvait avoir dans le tribunal auquel l'affaire était portée ou à raison des sollicitations ou *pourchas* que les présidents ou conseillers auraient faits *pour le support et faveur de la cause* (édit de 1545). Ces deux sortes d'évocations étaient également frappées de réprobation. C'est qu'en effet on simu-

lait des parentés, alliances ou amitiés avec un des juges du tribunal, du parlement auquel l'affaire devait être soumise, afin de l'en distraire, et les ordonnances royales furent toujours impuissantes pour réprimer ces abus. Ces évocations étaient, en général, portées au Grand Conseil toutes les fois qu'il s'agissait d'affaires d'un parlement et alors l'adversaire de celui qui usait de ce privilège devait, ou accepter la juridiction de ce Grand Conseil qui consentait en effet volontiers à garder l'affaire, ou aller plaider devant la juridiction de renvoi. L'ordonnance de 1669 essaya de remédier au mal en enlevant le droit d'évocation au Grand Conseil pour l'attribuer au Conseil privé. Désormais, le Grand Conseil ne put juger sur évocation qu'autant que la cause lui était renvoyée par le Conseil privé. Le procès était renvoyé au Grand Conseil lorsqu'il était évoqué du parlement de Paris ou des autres parlements les plus proches si celui de Paris était écarté comme suspect : (déclaration du 23 juillet 1701 et ord. de 1737, tit. I, art. 33). Dans les cas ordinaires, le fond était renvoyé au plus prochain parlement. Les causes de suspicion fondées sur la parenté et sur l'alliance conservèrent encore la dénomination de moyen d'évocation, mais ce mot perdit dans ce cas sa signification primitive, car elles ne donnaient plus lieu qu'à un renvoi. De nouvelles fraudes s'étant fait jour, l'ordonnance de 1739 essaya de les combattre en déterminant d'une manière précise quelles seraient les causes d'évocation et devant quelle cour ou parlement il faudrait renvoyer l'affaire. Mais les abus n'en continuèrent pas moins jusqu'à la Révolution.

Tout ce qui précède suppose une affaire pendante devant un parlement ou une autre cour souveraine. Devant les juridictions inférieures, on suivait une autre forme, celle qui, en principe, a passé dans le Code de procédure. En cas de parenté ou d'alliance de l'une des parties avec un ou plusieurs des juges d'un présidial, celui-ci devait se dessaisir ou renvoyer directement au présidial le plus voisin (ord. de 1560 et de 1579 confirmées par l'article 44 de l'ordonnance de 1669). Mais le renvoi ne devait être prononcé par le présidial qu'autant qu'il s'agissait d'une affaire pour laquelle il statuait en dernier ressort; s'il s'agissait d'une affaire dont le présidial devait connaître à charge d'appel, il n'y avait pas lieu à renvoi. Quant aux autres tribunaux inférieurs, comme ils jugeaient toujours en premier ressort, pour ce motif même on n'admettait jamais de demande en renvoi, et il n'y avait lieu qu'à une simple récusation. A la Révolution, on transporta au tribunal de cassation les anciennes attributions du Conseil en matière de renvoi, en laissant subsister la procédure de l'ordonnance (loi des 27 novembre-1er décembre 1790; Const. du 3 septembre 1791, chap. V, art. 19; Const. du 3 fructidor an III, art. 254; Const. du 22 frimaire an VIII, art. 65; loi du 27 ventôse an VIII, art. 60).

Les évocations de grâce ayant disparu en même temps que les rivalités entre les corps judiciaires, le Code de procédure n'a pas hésité à donner compétence, en cas de demande en renvoi pour cause de parenté ou d'alliance, au tribunal même saisi de l'affaire. D'ailleurs, il est aussi difficile de nier une parenté ou une alliance que d'en simuler une imaginaire. On comprend en effet sans peine que quand un plaideur compte dans le tribunal deux ou plusieurs parents à un degré rapproché, son adversaire soit porté à n'avoir

qu'une confiance limitée dans l'impartialité de ce tribunal; une simple récusation des juges, parents ou alliés, ne suffirait pas, car on pourrait toujours craindre leur influence de solliciteur sur leurs collègues. La demande en renvoi faite par l'adversaire de celui qui a des parents ou alliés dans le tribunal, diffère essentiellement du renvoi qu'on appelle, plus généralement, exception déclinatoire. Celle-ci doit être demandée au début de l'affaire, à moins qu'il ne s'agisse d'incompétence absolue, tandis que le renvoi pour parenté ou alliance peut être réclamé, comme nous le verrons bientôt, tant que la cause n'est pas en état. Lorsque le tribunal admet l'exception déclinatoire, il se borne à se dessaisir, tandis que s'il prononce le renvoi pour parenté ou alliance, il fait connaître aux parties le tribunal auquel elles devront s'adresser. Enfin, en cas d'exception déclinatoire, l'affaire doit être entièrement reprise depuis l'assignation devant le tribunal que le demandeur a saisi après l'admission de l'exception déclinatoire, tandis qu'en cas de renvoi la procédure déjà faite devant le premier tribunal continue à servir, et on ne reprend l'affaire devant le second tribunal qu'au point où elle en était restée.

La loi autorise la demande en renvoi, lorsqu'une partie a deux parents ou alliés, ou plus, jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement, parmi les membres d'un tribunal d'arrondissement, ou trois parents ou alliés au même degré dans une cour d'appel. La parenté ou l'alliance avec un seul membre du tribunal ou avec deux membres de la cour d'appel suffit pour autoriser la demande en renvoi, lorsque l'adversaire est lui-même membre du tribunal ou de la cour (art. 368 C. pr.). La loi met sur la même ligne l'influence que peut exercer le juge partie au procès et l'influence du juge parent ou allié de l'un des plaideurs. Aussi ne faut-il pas hésiter à décider que si deux juges ayant un intérêt commun plaidaient devant leur tribunal ou trois devant la cour d'appel, il y aurait un motif suffisant de renvoi au profit de leur adversaire. Il y a lieu à renvoi, même lorsque les juges parents ou alliés appartiennent à une autre chambre que celle qui est saisie de l'affaire, car la loi ne distingue pas. Si les parents ou alliés n'étaient pas au nombre indiqué par l'article 368 du Code de procédure, il y aurait lieu seulement à récusation dans le cas où ils feraient partie de la chambre appelée à juger.

La loi parlant de parenté ou alliance avec des membres du tribunal, il faut comprendre dans cette dernière expression, non seulement les juges titulaires, mais encore les juges suppléants et les officiers du ministère public, sans qu'il y ait lieu de rechercher, pour ces derniers, si l'affaire est ou non soumise à communication. La parenté ou alliance entre un officier du ministère public et l'une des parties doit entrer en ligne de compte pour motiver la demande en renvoi, même si l'affaire n'est pas sujette à communication, précisément parce que cette demande, basée sur une influence de position, est indépendante de la participation des parents ou alliés à la décision du procès. Mais, lorsque l'officier du ministère public est partie au procès, on ne peut demander le renvoi à raison de ses parentés ou alliances que lorsqu'il agit dans son intérêt privé et personnellement. S'il était partie principale comme exerçant son ministère, le renvoi ne pourrait être demandé que du chef des parties qu'il représente, seules intéressées, et non du chef de ses propres parents ou alliés. C'est par un motif analogue que le renvoi ne pourrait

être accordé à raison des parentés ou alliances des tuteurs, administrateurs ou syndics qui, agissant uniquement en cette qualité, n'auraient au procès aucun intérêt personnel. D'une manière plus générale, la disposition de l'article 368 du Code de procédure étant exceptionnelle doit être interprétée restrictivement et, par cela même, être écartée si la parenté ou l'alliance existe entre un juge et une personne qui n'est pas l'adversaire de la partie, par exemple entre un juge et l'associé, ou l'avoué, ou le syndic de cet adversaire (1).

Bien que le greffier soit membre du tribunal ou de la cour, on est cependant généralement d'accord pour décider que l'article 368 du Code de procédure ne le comprend pas : tel était déjà notre ancien droit et rien n'indique, de la part du Code de procédure, l'intention d'y déroger; en outre, l'influence du greffier est beaucoup moins à craindre que celle d'un juge ou d'un officier du ministère public.

L'article 368 du Code de procédure indique jusqu'à quel degré la parenté légitime et l'alliance sont une cause de renvoi : jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement. Il faut aussi appliquer cet article à la parenté civile résultant de l'adoption et à la parenté naturelle, mais seulement entre personnes vis-à-vis desquelles la loi reconnaît ces parentés; ainsi l'adoption ne produit parenté qu'entre l'adoptant et l'adopté. La parenté naturelle entre frères et sœurs, enfants légitimes ou naturels, est-elle une cause de demande en renvoi? On pourrait le soutenir, en faisant remarquer qu'elle crée des droits de succession ; mais la solution contraire paraît préférable. C'est qu'en effet il n'existe aucune parenté entre l'enfant légitime et l'enfant naturel, ou entre les enfants naturels d'un même père ou d'une même mère : entre l'enfant légitime et l'enfant naturel, il y a un simple droit de retour ; entre enfants naturels du même père ou de la même mère, le droit de succession a moins sa source dans la parenté que dans une commune infortune.

L'incident de demande en renvoi pour cause de parenté ou alliance peut se présenter, non seulement devant les tribunaux d'arrondissement et devant les cours d'appel, comme le suppose l'article 368, mais encore devant les tribunaux de commerce et même devant les conseils de prud'hommes. Mais cet incident est étranger aux justices de paix ; la récusation a paru suffisante pour donner satisfaction aux craintes des plaideurs. Toutefois, c'est une erreur de dire que cette récusation produit les mêmes effets qu'un renvoi, puisqu'en supposant la récusation admise il en résulte seulement que le juge de paix sera remplacé par son suppléant (2).

C'est l'adversaire de la partie qui a des parents ou alliés dans le tribunal qui peut seul demander le renvoi ; cette partie n'a pas ce droit, à la différence de ce que la loi admet en matière de récusation. Quant à l'intervenant, la question de savoir s'il peut proposer le renvoi doit se résoudre au moyen d'une distinction entre l'intervention volontaire et l'intervention forcée. En cas d'intervention volontaire, l'intervenant ne peut pas demander

(1) Civ. rej., 1er août 1877, D. P. 77, 1, 428.

(2) Voy. sur la récusation des juges de paix art. 44 et suiv. C. pr.

le renvoi, car, par cela même qu'il vient au procès sans y être contraint, il accepte la juridiction du tribunal saisi. S'il pouvait proposer le renvoi, l'intervention deviendrait une source de fraudes analogues à celles qui se pratiquaient dans notre ancien droit, où une personne intervenait souvent par faveur pour l'une des parties et pour enlever l'affaire au tribunal saisi. A défaut du droit de demander le renvoi, l'intervenant peut toujours proposer des causes de récusation, que ces causes naissent de son propre chef ou de celui des parties. Cependant, il est un cas où l'intervenant volontaire doit être admis à demander le renvoi : ce serait celui où la cause du renvoi serait née postérieurement à son intervention. En cas d'intervention forcée, le droit de demander le renvoi ne peut être contesté à l'intervenant.

Lorsque la cause du renvoi est personnelle à l'intervenant, il faut donner aux parties principales le droit de demander le renvoi, sans distinction entre l'intervention volontaire et l'intervention forcée.

Le renvoi doit être demandé avant le commencement de la plaidoirie (art. 369 C. pr.), et la loi répute la plaidoirie commencée lorsque les conclusions ont été contradictoirement prises à l'audience ; il en résulte que la partie défaillante conserve encore le droit de demander le renvoi lorsqu'elle forme opposition au jugement qui l'a condamnée. Le même droit appartient à la partie qui a obtenu le défaut ; l'opposition remet les choses dans l'état où elles étaient, et le bénéfice de cette fiction est commun aux deux parties. Les conclusions à fin d'incompétence n'entraîneraient pas déchéance du droit de demander le renvoi. Il en serait autrement des conclusions relatives à d'autres exceptions, car elles impliqueraient acceptation du tribunal. Mais, si la cause du renvoi naissait seulement pendant le procès, alors il serait bien évident qu'il serait encore temps de la faire valoir après avoir pris des conclusions.

Si l'affaire s'instruit par écrit, le renvoi peut être demandé tant que l'instruction n'est pas achevée ou que les délais pour produire ne sont pas expirés (art. 369 C. pr.).

On remarquera que le renvoi peut être proposé même par celui qui est demandeur ; on ne saurait lui opposer qu'il a renoncé à ce droit en assignant devant le tribunal, car, en agissant ainsi, il n'a fait qu'obéir aux lois de la compétence, et s'il avait assigné devant un autre tribunal, on lui aurait opposé valablement l'exception d'incompétence.

Le renvoi est demandé au tribunal même auquel appartiennent les juges parents ou alliés de l'adversaire. Ce tribunal ne saurait être suspect, car, comme on l'a déjà dit, il est aussi facile de prouver des parentés ou alliances que difficile d'en simuler. La demande en renvoi prend la forme d'un acte au greffe, contenant les moyens à l'appui et, à cause de la gravité de l'incident, la loi veut que cet acte soit signé de la partie elle-même ou de son fondé de procuration spéciale et authentique (art. 370 C. pr.). L'avoué de la partie ne pourrait pas l'introduire en vertu de son mandat ordinaire.

La demande en renvoi, comme on le voit, n'est pas signifiée à l'adversaire. Sur l'expédition de cet acte, présentée avec les pièces à l'appui, le tribunal rend un jugement qui ordonne : 1° la communication aux juges à raison desquels le renvoi est demandé, avec invitation à ces magistrats de faire, dans

un délai fixé, leur déclaration au bas du jugement ; 2° la communication au ministère public ; 3° le rapport, à jour indiqué, par l'un des juges nommés par le jugement (art. 371 C. pr.). Ce jugement est rendu sans qu'il soit nécessaire d'appeler les autres parties à l'audience. Les juges dont la parenté ou l'alliance donne lieu à la demande en renvoi, ne peuvent concourir à ce jugement. C'est ce qui résulte de l'article 371 du Code de procédure, qui exige qu'on communique ce jugement à ces juges ; cette communication serait évidemment inutile s'ils avaient pris part au jugement. Lorsque la demande est autorisée, l'expédition de l'acte à fin de renvoi, les pièces à l'appui et le jugement qui admet la demande doivent être signifiés aux autres parties (art. 372 C. pr.).

Les causes de la demande en renvoi sont-elles avouées par les parties et reconnues par les juges qu'elles concernent, sur le rapport fait au jour indiqué par le premier jugement et sur les conclusions du ministère public, le tribunal prononce le renvoi à l'un des tribunaux du ressort de la cour d'appel dont il relève lui-même. Si le renvoi est prononcé par une cour d'appel, elle indique une des trois cours les plus voisines (art. 83, 371, 373 C. pr.).

Lorsque les causes du renvoi sont contestées, les parties sont admises à signifier respectivement leurs moyens par requêtes (art. 75 du tarif). La preuve de la parenté ou de l'alliance doit résulter des actes de l'état civil ; ce serait seulement en cas de perte de ces actes que la preuve par témoins serait admise.

Si la partie succombe sur sa demande en renvoi, elle est condamnée à une amende de 50 francs et son adversaire peut obtenir contre elle des dommages-intérêts (art. 374 C. pr.).

Le jugement statuant sur la demande en renvoi est toujours susceptible d'appel (art. 375 C. pr.), même si cet incident s'élève dans une affaire où le tribunal statuerait en premier et dernier ressort ou comme juge d'appel du juge de paix. Les magistrats à cause desquels le renvoi est demandé n'ont jamais le droit d'interjeter appel, car ils ne sont pas parties au procès. Il va sans dire que, si la demande en renvoi était présentée à une cour, l'arrêt ne serait susceptible que du pourvoi en cassation.

Dans tous les cas, l'appel du jugement de renvoi est suspensif (art. 376 C. pr.), suivant le droit commun ; le pourvoi en cassation ne l'est pas. La loi n'ayant pas parlé de l'opposition, on pourrait être porté à croire que, suivant le droit commun, elle existe au profit du défaillant contre le jugement ordonnant le renvoi. Cependant, l'opposition était déjà refusée dans notre ancien droit et il résulte du discours du tribun Perrin qu'on n'a pas voulu l'admettre aujourd'hui. Si on avait entendu l'autoriser, on l'aurait subordonnée, comme l'appel, à des délais plus courts que ceux du droit commun et aussi à des formes spéciales.

L'appel est soumis aux délais et formes établis en matière de récusation (art. 377 C. pr.) ; l'appel doit être interjeté dans les cinq jours de la prononciation du jugement (art. 377 C. pr.); il est fait au greffe et n'est pas signifié à la partie adverse ; il n'est pas même nécessaire d'appeler cette partie à l'audience, et, par conséquent, il est inutile qu'elle se fasse représenter par un avoué.

Une fois l'arrêt prononcé, dans les vingt-quatre heures de son expédition les pièces doivent être renvoyées au greffier du tribunal de première instance. Il ne reste plus qu'à engager le procès au fond devant le tribunal indiqué, si le renvoi a été ordonné. La contestation doit être portée devant les nouveaux juges sur simple assignation, et la procédure est continuée suivant ses derniers errements. Cette assignation est signifiée à domicile, car le jugement de renvoi, en dessaisissant le tribunal, a mis fin aux pouvoirs des avoués qui, devant lui, représentaient les parties (art. 375 C. pr.). Sur cette assignation, les parties constituent leurs avoués devant le nouveau tribunal, et la procédure reprend son cours à partir des derniers actes faits devant les juges originairement saisis.

La parenté et l'alliance ne sont pas la seule cause de renvoi, et on en relève encore plusieurs autres dans des textes étrangers au Code de procédure. Ainsi, on peut demander le renvoi pour cause de suspicion légitime d'un tribunal entier. Cette cause de renvoi est consacrée par un assez grand nombre de textes, comme aussi celle qui repose sur la sûreté publique (ord. de 1737, tit. I, art. 90 ; loi des 27 novembre-1er décembre 1790, art. 2 et 9 ; Const. du 3 septembre 1791, chap. v, art. 19 ; Const. du 5 fructidor an III, art. 254 ; cpr. art. 542 et suiv. C. inst. crim.). En dernier lieu, c'est l'article 65 de la Constitution du 22 frimaire an VIII qui consacre le renvoi pour cause de suspicion légitime. La loi n'énumère pas les causes de suspicion légitime; il s'agit là, en effet, d'une question de fait qui doit être abandonnée à l'appréciation souveraine du juge (1). Mais, dans tous les cas, la cause de suspicion doit être sérieuse (2). Il pourrait y avoir suspicion légitime, par exemple, si le tribunal saisi d'une affaire civile avait déjà connu des mêmes faits au point de vue correctionnel.

Le renvoi pour cause de suspicion légitime peut être demandé par toute partie intéressée. La Constitution du 22 frimaire an VIII (art. 65) voulait que la demande en renvoi pour suspicion légitime fût toujours portée à la Cour de cassation, et la loi du 27 ventôse an VIII donne compétence exclusive à la chambre des requêtes. Cette solution s'impose encore aujourd'hui, lorsque le litige est pendant devant une cour d'appel, mais on la repousse très généralement pour le cas d'une affaire portée à un tribunal d'arrondissement ou à un tribunal de commerce, et on décide que, depuis le Code de procédure, par analogie de ce qui a lieu en matière de règlement de juges, le renvoi doit être demandé à la cour d'appel (3). On pourrait cependant soutenir que le Code de procédure n'a pas abrogé l'article 65 de la Constitution de l'an VIII, qui donna, dans tous les cas, compétence au tribunal de cassation, précisément parce qu'il s'agit là d'une question d'organisation judiciaire, et non pas de procédure.

On ne discute pas moins sur le point de savoir quelle procédure doit employer la cour d'appel pour juger la demande en renvoi fondée sur la suspicion légitime. Les uns proposent, par analogie, la procédure du règlement de juges ; les autres préfèrent, aussi par analogie, celle du renvoi pour

(1) Civ. cass., 1er août 1877, S. 78, 1, 40 ; req., 29 novembre 1887, S. 88, 1, 113.
(2) Req., 4 juillet 1893, D. P. 93, 5, 491 ; req., 18 octobre 1899, D. P. 1900, 1, 560.
(3) Req., 29 juillet 1885, D. P. 86, 1, 311 ; req., 29 novembre 1887, D. P. 88, 1, 260.

parenté ou alliance; enfin, dans un troisième système, on se prononce pour la procédure de récusation, sous prétexte qu'il s'agit là d'une véritable récusation du tribunal en masse. Dans tous les cas, quelle que soit la procédure à suivre, il ne peut y avoir nullité, par cela même que la loi garde le silence (1). Pour la même raison, il ne saurait être question de prononcer une condamnation à une amende.

Celui qui veut demander le renvoi pour cause de suspicion légitime doit avoir soin de le faire avant de poser aucune autre conclusion devant le tribunal, car, autrement, on le considérerait comme acceptant sa juridiction, à moins que la cause de la suspicion légitime ne fût postérieure (2). D'un autre côté, la demande en renvoi pour suspicion légitime suppose que le tribunal suspecté est déjà saisi de l'affaire (3).

La demande en renvoi pour cause de sûreté publique, par exemple à raison d'une épidémie, d'une guerre civile ou de toute autre calamité publique, étant étrangère à l'intérêt privé, la loi du 27 ventôse an VIII, art. 79 (voy. aussi art. 542 C. inst. crim.) ne permet de la former qu'au procureur général. D'après l'article 65 de la Constitution de l'an VIII, l'affaire doit toujours être portée à la Cour de cassation, et d'après l'article 60 de la loi du 27 ventôse an VIII, à la chambre des requêtes. Cette solution n'est pas douteuse pour le cas d'une affaire portée à une cour d'appel, mais si le procès est pendant devant un tribunal d'arrondissement, on propose de décider, comme en cas de suspicion légitime et par identité de motif, que depuis le Code de procédure cette demande doit être déférée, par analogie du règlement de juges, à la cour d'appel. Nous hésitons aussi à admettre cette solution, par la raison qu'il s'agit d'une question d'organisation judiciaire plutôt que d'une question de procédure.

Enfin, il arrive parfois que le tribunal compétent pour connaître d'une affaire ne puisse pourtant pas juger, notamment par suite de l'insuffisance du nombre de ses juges, pour cause de maladies ou à raison de nombreuses récusations. D'autres fois, ce sont les avoués qui ne sont pas assez nombreux pour représenter toutes les parties intéressées. Une loi spéciale du 16 ventôse an XII a prévu le cas où un juge de paix et ses suppléants se trouveraient dans l'impossibilité de siéger; elle veut que la partie la plus diligente se pourvoie par requête au tribunal d'arrondissement, qui indiquera un autre juge de paix de l'arrondissement, parties présentes ou dûment appelées, et sur les conclusions du ministère public. Mais cette délégation ne vaudra que pour l'affaire en question, et si un tribunal se permettait de décider une fois pour toutes qu'en cas d'empêchement de tel juge de paix, il serait toujours remplacé par tel autre, il y aurait excès de pouvoir, par cela même qu'il statuerait par voie de disposition générale et réglementaire. Que décider en cas d'impossibilité pour un tribunal d'arrondissement de siéger? A notre avis, et dans le silence de la loi, le premier degré de juridiction faisant défaut, il faut s'adresser au second,

(1) Pour le cas de demande en renvoi à raison de la suspicion légitime portée par le procureur général, voy. req., 11 juillet 1883, S. 85, 1, 353 et la note sous cet arrêt.

(2) Req., 26 janvier 1881, D. P. 81, 1, 424.

(3) Civ. cass., 24 novembre 1884, D. P. 85, 1, 21.

c'est-à-dire à la cour d'appel, pour obtenir l'indication d'autres juges (1).

Nous donnerions la même solution pour le cas où les habitants d'un territoire resté français se trouveraient sans juges, parce que la ville dans laquelle siégeait leur tribunal aurait été distraite de notre territoire. Il n'y a pas lieu, en pareil cas, à règlement de juges, comme on l'a dit à tort, mais à indication de juges qu'il faut demander au tribunal du second degré, c'est-à-dire à la cour d'appel (2).

On dit parfois que pour la demande en indication de juges, il faut recourir à la procédure de la demande en renvoi, mais il vaut mieux décider que, dans le silence de la loi, il y a lieu de s'adresser tout simplement et directement par requête au tribunal du degré supérieur (3).

## § 96. — **De la récusation** (art. 378 à 397 C. pr.).

Pour que les tribunaux donnent à leurs justiciables toutes les garanties nécessaires, il faut que les plaideurs aient le droit de récuser, c'est-à-dire d'écarter du jugement et de l'instruction de l'affaire les juges qui leur paraissent suspects de partialité. La loi permet même de récuser péremptoirement, c'est-à-dire sans indication de motif, les jurés en matière criminelle ou d'expropriation forcée pour cause d'utilité publique (art. 399 C. inst. crim., et loi du 3 mai 1841, art. 34). Mais, en matière civile, la récusation dirigée contre un ou plusieurs magistrats doit toujours être motivée. L'ordonnance de 1667 (tit. XXIV, art. 12), tout en indiquant des causes de récusation, ajoutait que les juges pourraient encore être récusés pour d'autres causes de fait ou de droit abandonnées à l'appréciation des tribunaux. Le Code de procédure n'a pas voulu leur laisser ce pouvoir discrétionnaire et il a limitativement énuméré les causes de récusation dans les articles 378 et 379. Il va sans dire que cette énumération ne saurait être élargie, qu'on ne peut ajouter à la loi que des cas s'imposant par argument *a fortiori*. C'est ainsi que la loi autorisant la récusation d'un juge à raison de sa parenté ou de son alliance avec l'une des parties, il est, à plus forte raison, quoique la loi ne le dise pas, récusable, s'il est lui-même plaideur, car on n'a jamais admis qu'il fût permis d'être à la fois juge et partie. Mais il peut arriver qu'un juge soit actionnaire ou obligataire d'une société qui plaide devant lui et on s'est demandé si l'adversaire de la société peut le récuser, sous prétexte qu'il est intéressé à l'affaire. Nous ne le pensons pas; ce magistrat n'est pas partie au procès, c'est la société qui plaide. Il y aurait même grand inconvénient à admettre cette cause de récusation, qui n'est d'ailleurs pas écrite dans la loi, à une époque où, par l'effet du développement immense des affaires commerciales et industrielles, les valeurs des grandes sociétés se trouvent dans presque tous les portefeuilles.

(1) Pau, 1er août 1877, D. P. 79, 2, 168; Bourges, 18 février 1879, D. P. 79, 2, 86.

(2) Req., 14 avril 1880, S. 80, 1, 448.

(3) Voy., en sens contraire, Paris, 20 décembre 1892 et 3 février 1893, D. P. 93, 2, 224. La Cour de Paris admet d'ailleurs que tout en employant la procédure du renvoi (art. 366 et suiv.) on devra s'adresser au tribunal supérieur, alors que, à propos du renvoi, la loi veut qu'on s'adresse au tribunal lui-même qui est la cause du renvoi. N'y a-t-il pas là une contradiction tenant à ce qu'en cas d'indication du juge il est impossible de s'adresser au tribunal incomplet?

Pour faire connaître les causes de récusation, il nous faut suivre l'énumération de l'article 378 du Code de procédure, en rectifiant parfois sa terminologie et en présentant quelques courtes observations. Aux termes de cet article, la récusation est admise :

1° « Si le juge est parent ou allié de l'une des parties jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement. »

2° « Si la femme du juge est parente ou alliée de l'une des parties, ou si le juge est parent ou allié de la femme de l'une des parties jusqu'au degré de cousin issu de germain, lorsque la femme est vivante ou, qu'étant décédée, il en existe des enfants ; si elle est décédée et qu'il n'y ait point d'enfants, le beau-père, le gendre ou les beaux-frères ne pourront être juges. » On remarque que tous les parents de la femme du juge sont les alliés du juge, de même que tous les parents de la femme de la partie sont les alliés de cette partie. Il aurait donc suffi de dire que la récusation était permise, bien que l'alliance n'existât qu'entre la femme du juge et la partie ou entre la femme de la partie et le juge, quoique dans ces cas il n'y ait pas d'alliance proprement dite entre le juge et la partie. C'est ce qui se produira lorsque la femme du juge ou de la partie sera mariée en secondes noces et aura, de son premier mariage, des alliés qui ne sont pas des parents du juge ou de la partie.

3° « Si le juge, sa femme, leurs ascendants ou descendants ou alliés dans la même ligne, ont un différend sur pareille question dont il s'agit entre les parties. » On craint que le juge ne soit porté à statuer dans un sens favorable au sien pour établir un préjugé en leur faveur.

La quatrième cause de récusation est inspirée par la même préoccupation : 4° « Si l'une des personnes indiquées dans le numéro précédent a un procès en son nom devant un tribunal où l'une des parties sera juge ou si elle est créancière ou débitrice de l'une des parties » ; peu importe, bien entendu, que la créance soit liquide ou non, échue, à terme ou sous condition.

5° « Si, dans les cinq ans qui ont précédé la récusation, il y a eu procès criminel entre le juge et l'une des parties ou son conjoint, ou ses parents ou alliés en ligne directe. » Par procès criminels, il faut entendre ceux qui sont portés en cour d'assises, comme cela résulte de la discussion du Conseil d'État. S'il y avait eu procès correctionnel ou de simple police, on ne se trouverait donc pas dans un cas de récusation. Certains auteurs se prononcent en sens contraire pour le cas où il s'agirait d'un procès correctionnel dans lequel la peine encourue serait celle de l'emprisonnement, mais cette solution est tout à fait arbitraire.

6° « S'il y a procès civil entre les personnes indiquées dans le numéro 3 et l'une des parties, et que ce procès, s'il a été intenté par la partie, l'ait été avant l'instance dans laquelle la récusation est proposée ; si ce procès étant terminé, il ne l'a été que dans les six mois précédant la récusation. » La loi craint l'animosité qui peut être le résultat de ce procès.

7° « Si le juge est tuteur, subrogé tuteur ou curateur, héritier présomptif ou donataire, maître ou commensal de l'une des parties ; s'il est administrateur de quelque établissement, société ou direction, partie dans la cause ; si l'une des partie est sa présomptive héritière. » Cette disposition devant

s'interpréter restrictivement, nous en conclurons qu'on ne peut pas récuser le juge bailleur d'une partie, car le bailleur ne saurait être assimilé à un maître; ni le juge donateur, la loi supposant seulement le cas où il est donataire; ni le juge conseil judiciaire des parties; ni le juge parent du tuteur ou du curateur de l'une des parties. La loi parle d'un magistrat qui serait membre d'une société; elle n'a pas en vue le cas d'un magistrat associé ou non dans une société en nom collectif ou en commandite, car ce magistrat serait alors commerçant. Or la loi interdit le commerce aux membres de la magistrature. Aussi, quand l'article 378 parle d'un juge administrateur d'un établissement, d'une société, d'une direction, il a en vue un établissement ou une société de bienfaisance, d'art ou autre de même nature.

8° « Si le juge a donné conseil, plaidé ou écrit sur le différend; s'il en a précédemment connu comme juge ou comme arbitre; s'il a sollicité, recommandé ou fourni aux frais du procès; s'il a déposé comme témoin; si depuis le commencement du procès il a bu ou mangé avec l'une ou l'autre des parties dans leur maison ou reçu d'elle des présents. » On ne doit toutefois pas considérer le juge comme ayant donné conseil sur le différend, s'il a engagé un avoué à ne pas courir les chances d'un procès personnel; s'il a invité une partie à rectifier ses conclusions, non pas dans un sens déterminé, mais en consultant son avocat, car dans ces différents cas le juge n'a pas manifesté son opinion (1). A plus forte raison, ne peut-on pas soutenir qu'un juge a donné son avis sur le différend lorsqu'il a traité la question à un point de vue purement théorique et d'une manière générale dans un livre de droit ou dans un article de revue. Cela reviendrait à interdire aux magistrats d'écrire sur le droit. D'ailleurs, on sait qu'un auteur change parfois d'opinion, surtout en présence de certaines circonstances de fait. Notre disposition ne permettant d'exclure le magistrat qu'autant qu'il a été juge civil ou arbitre dans l'affaire, on devrait écarter la récusation s'il avait jugé le procès précédemment au point de vue correctionnel ou s'il y avait pris part comme officier du ministère public (2). De même, la disposition de notre article, déclarant récusable le juge qui a déposé comme témoin dans l'affaire portée devant lui, ne peut pas être étendue au juge que l'une des parties a cité comme témoin; autrement il serait trop facile à tout plaideur de se donner à lui-même une cause de récusation contre un juge en l'assignant à titre de témoin (3). On s'étonne que les rédacteurs du Code aient parlé de la récusation du juge qui a reçu des présents, car, dans ce cas, ce magistrat commet une concussion (art. 186 C. pén.) qui permet de lancer contre lui un mandat d'arrêt ou de dépôt, et il cesse alors d'exercer ses fonctions (loi du 20 avril 1810, art. 58).

9° « S'il y a inimitié capitale entre le juge et l'une des parties; s'il y a eu de sa part agression, injures ou menaces, verbalement ou par écrit, depuis l'existence ou dans les six mois précédant la récusation proposée. » Comment parler de la récusation du juge qui se permettrait des injures ou des menaces contre l'un des plaideurs? Ce sont là des mœurs d'un autre âge et on n'assiste jamais de nos jours à de semblables scènes

(1) Bourges, 18 février 1879, D. P. 79, 2, 96; req., 29 décembre 1875, D. P. 76, 1, 448.
(2) Req., 16 avril 1877, D. P. 77, 1, 452.
(3) Nîmes, 8 janvier 1880, D. P. 82, 2, 96.

devant les tribunaux. Tout ce qui est résulté de cette disposition, c'est que parfois les officiers ministériels, un peu susceptibles, ont considéré comme une injure de simples observations un peu sévères, mais justement méritées (1). Quoi qu'il en soit, si l'injure ou la menace, au lieu de venir du juge, était dirigée par la partie contre lui, il va sans dire qu'il ne pourrait plus être question de récusation; dans ce cas encore, en effet, il serait trop facile à tout plaideur de faire naître à son profit une cause de récusation.

Ces causes de récusation s'appliquent aux juges titulaires ou suppléants des tribunaux d'arrondissement, des tribunaux de commerce, des cours d'appel. Les officiers du ministère public sont aussi récusables lorsqu'ils sont parties jointes, que l'affaire soit ou non soumise à communication, car l'article 381 est tout à fait général. Mais lorsqu'il existe une cause de récusation contre un des officiers du ministère public, la partie ne peut pas prétendre qu'elle a le droit de récuser tous les membres du ministère public du tribunal ou de la cour, sous prétexte que le ministère public est indivisible (2). Si le ministère public est partie principale, il ne peut pas être question de le récuser; ce serait un moyen trop commode de se débarrasser d'un adversaire (art. 380 C. pr.). Il va sans dire qu'il ne peut pas non plus être question de récusation du greffier. Lorsqu'un avocat ou un avoué est appelé au tribunal ou à la Cour, il peut aussi, à ce titre, être récusé. Les membres des chambres de discipline sont aussi, comme tels, soumis à récusation (3). Quant aux arbitres, ils ne peuvent être récusés que pour cause postérieure de compromis. Pour la récusation des juges de paix, il existe des dispositions spéciales contenues dans les articles 44 et suivants du Code de procédure. La récusation des membres des conseils de prud'hommes fait l'objet des articles 54 et suivants du décret du 11 juin 1809. Pour les membres de la Cour de cassation, on est loin de s'entendre. Le règlement de 1738 contient cependant des dispositions sur la récusation des membres de l'ancien Conseil des parties, mais on les écarte par une raison peu satisfaisante en disant qu'elles sont tombées en désuétude. Certains auteurs en concluent que si une partie veut récuser un membre de la Cour de cassation, elle doit s'adresser officieusement au président de la chambre saisie du pourvoi. La Cour de cassation a jugé en sens contraire que les dispositions du Code de procédure, relatives à la récusation, s'appliquent devant elle (4).

Tout juge qui sait une cause de récusation en sa personne doit spontanément la déclarer à sa chambre, qui décide s'il convient qu'il s'abstienne ou s'il peut néanmoins siéger pour le cas où les parties l'accepteraient. Cette déclaration d'abstention n'est soumise à aucune formalité spéciale et il n'est pas nécessaire que la décision de la chambre soit constatée par jugement (5).

(1) Amiens, 5 avril 1876, S. 77, 2, 21.
(2) Paris, 1er juin 1889, D. P. 90, 2, 164.
(3) Civ. cass., 24 janvier 1881, D. P. 81, 1, 218.
(4) Crim. rej., 24 décembre 1889, D. P. 70, 1, 139.
(5) Crim. rej., 25 novembre 1875, D. P. 76, 1, 143. Il ne sera utile de mentionner l'abstention d'un juge que pour justifier la présence du juge qui le remplace s'il appartient à une autre chambre. Req., 6 décembre 1898, D. P. 98, 1, 87.

En pratique, les juges proposent souvent de s'abstenir pour des raisons qui ne sont pourtant pas des causes de récusation, et par pure délicatesse. L'appréciation de ces causes est nécessairement abandonnée à la conscience du juge et à celle de ses collègues (1).

Lorsqu'une partie veut récuser un juge, elle doit avoir soin de l'indiquer nominativement. La loi n'admet pas une récusation collective de tous les membres du tribunal en masse ; c'est ce qui a lieu lorsque les moyens énoncés dans l'acte de récusation ne vise aucun des membres du tribunal considérés individuellement. C'est ainsi qu'on ne peut pas récuser tout un tribunal, si l'on ne se fonde que sur une cause de récusation motivée à l'égard du président (2).

Lorsqu'une partie veut récuser un juge, elle doit proposer cette prétention, aux termes de l'article 382 du Code de procédure, avant le commencement de la plaidoirie, c'est-à-dire avant que des conclusions contradictoires aient été prises à l'audience. Ces conclusions impliqueraient acceptation du tribunal tel qu'il s'est constitué et la récusation ne serait plus possible, même si, après la plaidoirie, le tribunal avait renvoyé à un autre jour pour la continuation des débats (3). Si, au cours du procès, un nouveau juge venait siéger, comme il faudrait reprendre les qualités, la partie pourrait récuser ce nouveau juge, mais non les précédents, puisqu'elle les a déjà acceptés. Par la même raison, nous décidons qu'une partie ne peut plus récuser un juge lorsqu'on a plaidé sur un incident et lorsqu'on revient ensuite plaider sur le fond, ou encore lorsque l'affaire reprend après partage, car du moment qu'on a accepté le juge au début, on l'a aussi accepté pour toute l'affaire. A vrai dire, la récusation doit donc être proposée avant toutes conclusions à l'audience sur le fond ou sur un incident. Il n'en serait autrement qu'autant que la cause de récusation serait née au cours du procès.

Si l'affaire s'instruit par écrit, la récusation est alors permise tant que l'instruction n'est pas achevée ou que les délais donnés à cet effet ne sont pas expirés (art. 382 C. pr.).

Par exception, il est un cas où la loi permet de récuser un juge qu'on avait d'abord accepté : c'est celui où ce juge est, au cours du procès, chargé d'une mesure d'instruction, enquête, descente sur lieux ou autre. On comprend très bien qu'une partie, après l'avoir accepté comme juge ordinaire et sans faire valoir la cause de récusation qui pouvait exister contre lui, change d'avis si, au cours de l'instance, ce juge devient commissaire, parce qu'il prend alors un rôle particulièrement important et peut-être même prépondérant. Aussi, l'article 383 permet de récuser tout juge-commissaire dans les trois jours qui suivent celui du jugement d'instruction si ce jugement est contradictoire. Le jugement est-il par défaut, les trois jours com-

(1) Civ. cass., 9 décembre 1889, D. P. 90, 1, 65 ; crim. cass., 1er juillet 1895, D. P. 95, 1, 543.

(2) Req., 29 juillet 1885, S. 88, 1, 476. La récusation de tout un tribunal équivaut, d'après la Cour de cassation, à une demande en renvoi pour cause de suspicion légitime et doit, comme telle, être portée à la cour d'appel. Civ. cass., 28 avril 1891, D. P. 91, 1, 409.

(3) Nîmes, 8 janvier 1880, D. P. 82, 2, 96.

mencent à courir du jour du débouté d'opposition et, s'il n'y a pas eu opposition, du jour de l'expiration de la huitaine d'opposition (art. 383 C. pr.). En posant cette dernière règle, le législateur a oublié qu'elle ne pouvait s'appliquer directement qu'au jugement par défaut contre avoué; quant au jugement par défaut faute de comparaître, on sait qu'il n'est plus susceptible d'opposition pendant huit jours seulement, mais jusqu'à l'exécution. En résulterait-il que la récusation serait permise pendant les huit jours qui suivraient l'exécution? Telle n'est certainement pas l'intention du législateur qui a entendu limiter à un court délai le droit de récusation contre un juge-commissaire. Aussi doit-on entendre la loi en ce sens qu'en cas de jugement pour défaut contre partie, la récusation sera faite dans les huit jours qui suivent la signification du jugement.

La récusation a lieu par un acte déposé au greffe. Cet acte contient les moyens et doit être signé de la partie ou de son fondé de procuration spéciale et authentique (art. 384 C. pr.); cette forme est substantielle et même d'ordre public, de sorte que le tribunal devrait prononcer, même d'office, la nullité, si la loi n'avait pas été observée, et, par exemple, si la récusation avait été faite par exploit ou si la procuration n'était pas spéciale et authentique (1).

Cette forme s'applique même au cas de récusation d'un juge-commissaire qui appartient à un autre tribunal; cette récusation doit avoir lieu au greffe du tribunal qui a fait la nomination, mais elle est jugée par le tribunal auquel appartient le juge délégué ou, s'il s'agit d'un juge de paix, par le tribunal de son arrondissement.

Dans les vingt-quatre heures, le greffier remet au président l'expédition de l'acte de récusation. La procédure se divise alors en deux parties. Le tribunal doit d'abord rechercher si la récusation est admissible. Il statue sur ce premier point après rapport du président et sur les conclusions du ministère public (art. 385 C. pr.). Le rapport est lu, les conclusions sont données et le jugement est rendu à l'audience publique. La loi n'a pas, en effet, permis que cette partie de la procédure eût lieu en la chambre du conseil. Mais on est d'accord, en doctrine et en jurisprudence, pour décider qu'il n'y a pas lieu à plaidoirie. Le tribunal est suffisamment éclairé par l'acte de récusation de la partie (2).

Si la récusation est déclarée non admissible ou non recevable, la partie est condamnée d'office aux frais et à une amende de 100 francs (3), sans préjudice des dommages-intérêts que le juge peut demander, mais à la condition de ne pas demeurer juge. Le tribunal écartera la récusation, dès l'abord, toutes les fois qu'elle sera tardive ou irrégulière en la forme ou fondée sur une cause que ne reconnaît pas la loi, et il devra le faire même d'office et malgré le silence du ministère public. Lorsque la partie a récusé plusieurs juges à tort, doit-elle une seule amende ou autant d'amendes qu'il y a de juges récusés? Il existe des arrêts dans les deux sens, mais, dans le doute, il

(1) Bourges, 12 mai 1886, D. P. 87, 2, 26.
(2) Douai, 27 février 1855, D. P. 55, 2, 247; Nîmes, 16 juin 1869, D. P. 70, 2, 72; Cass., 19 décembre 1869, D. P. 70, 1, 139; req., 16 avril 1877, S. 77, 1, 265.
(3) Req., 4 décembre 1894, D. P. 95, 1, 187.

est conforme à l'esprit de la loi d'appliquer en matière pénale la solution la moins rigoureuse (1).

Si la récusation est reconnue admissible, le jugement qui la déclare telle ordonne la communication au juge récusé pour qu'il s'explique sur les faits dans le délai que fixe ce même jugement ; il prescrit aussi la communication au ministère public et indique le jour où le rapport sera fait par un des juges qu'il désigne (art. 385 C. pr.). La première de ces dispositions prouve bien que le juge attaqué ne peut pas prendre part à la première partie de la procédure ; autrement il ne serait pas nécessaire de lui communiquer le jugement qui déclare la récusation admissible. La partie adverse ne prend pas non plus part à cette partie de la procédure.

Dans le délai fixé par le jugement qui déclare la récusation admissible, le juge attaqué doit faire sa déclaration au greffe, à la suite de la minute de l'acte de récusation (art. 390 C. pr.). A dater de ce jugement, l'instruction est suspendue ; si cependant il y avait urgence et s'il s'agissait d'une mesure d'instruction confiée au juge récusé, toute partie en cause pourrait demander au tribunal la nomination d'un autre juge (art. 387 C. pr).

Si le juge récusé convient des faits, le tribunal lui prescrit de s'abstenir (art. 388 C. pr.), par jugement rendu en audience publique. Il en est de même si le récusant apporte preuve par écrit ou commencement de preuve de la récusation (art. 389 C. pr.). Mais, dans aucun cas, le juge ne saurait être condamné aux dépens, car il n'est pas partie en cause.

Si la récusation n'est pas avouée par le juge ou prouvée par la partie au moyen d'écrits, il est laissé à la prudence du tribunal de rejeter la récusation sur la simple déclaration du juge ou d'ordonner la preuve testimoniale (art. 389 C. pr.). Lorsque le second jugement admet la récusation malgré la résistance du juge, celui-ci peut alors dans ce cas, mais dans ce cas seulement, être condamné aux dépens, car il est devenu plaideur dans la seconde partie de la procédure.

Si la récusation est définitivement écartée, la partie encourt d'office une amende de 100 francs et condamnation aux frais ; elle peut, en outre, être condamnée à des dommages-intérêts au profit du juge, mais alors celui-ci ne saurait plus connaître de l'affaire (art. 390 C. pr.). Ce jugement, comme celui qui statue sur la question d'admissibilité, est rendu en audience publique ; ils ne comportent ni l'un ni l'autre la voie de l'opposition, car l'acte de récusation déposé au greffe tient lieu de conclusions contradictoires. Mais la loi admet toujours l'appel, aussi bien contre le jugement qui statue sur l'admissibilité que contre le jugement sur le fond, et cet appel est soumis à des règles particulières.

C'est déjà consacrer une sérieuse dérogation au droit commun que d'autoriser l'appel en matière de récusation, même lorsqu'il s'agit, quant au fond, d'une affaire de la compétence en dernier ressort ou en premier et dernier ressort du tribunal d'arrondissement. Ce jugement d'incident devrait prendre la même nature que le jugement à intervenir sur le fond, mais la loi a voulu

(1) Dijon, 7 février 1877, D. P. 77, 1, 452 ; *contra* Poitiers, 12 février 1881, D. P. 81, 2, 129.

déroger ici au droit commun, comme en matière de compétence, à cause de la gravité de l'incident qui touche à l'organisation de la justice et intéresse par cela même l'ordre public.

L'appel est ouvert incontestablement au récusant qui a succombé. On doit aussi l'admettre au profit de l'adversaire du récusant, malgré l'opinion contraire de certains auteurs, par exemple s'il estime que la récusation a été déclarée admissible ou a été admise à tort; l'acte de récusation déposé au greffe valant conclusions contradictoires, l'adversaire du récusant est bien partie à la procédure et la solution contraire conduirait à dire qu'à défaut de l'appel il peut faire tierce opposition, ce qui vraiment ne serait pas raisonnable (1).

L'appel est ici, suivant le droit commun, suspensif, et cela offre d'autant moins d'inconvénients qu'il doit être interjeté dans un très bref délai. Alors que le délai d'appel est ordinairement de deux mois, il est ici réduit à cinq jours (art. 392 C. pr.) à partir du jugement qui a statué sur l'admissibilité de la récusation ou sur la récusation elle-même.

L'appel se fait en une forme spéciale, par acte déposé au greffe, lequel doit être motivé et contient l'énonciation du dépôt au greffe des pièces au soutien (art. 392 C. pr.). Dans les trois jours, le greffier du tribunal, à la requête et aux frais de l'appelant, doit adresser au greffier de la Cour les expéditions de l'acte de récusation, de la déclaration du juge, du jugement, de l'appel, avec les pièces à l'appui (art. 393 C. pr.). Dans les trois jours de cette réception, le greffier de la Cour remet toutes les pièces à la Cour, laquelle rend arrêt qui commet un juge rapporteur et indique le jour où l'affaire sera jugée après conclusions du ministère public (art. 394 C. pr.). L'affaire est instruite sans qu'il soit nécessaire d'appeler les parties, comme dit la loi. Il n'y a donc pas lieu à plaidoirie, pas plus qu'en première instance, et l'affaire est cependant contradictoire par l'effet du dépôt de l'acte d'appel au greffe.

La loi veut qu'en appel l'affaire soit rapidement instruite et jugée; elle impose à l'appelant l'obligation, dans le mois du jour du jugement de première instance, de signifier aux parties l'arrêt intervenu sur l'appel ou un certificat du greffier de la Cour constatant que l'appel n'est pas jugé et faisant connaître le jour fixé par la Cour pour ce jugement. « Sinon, ajoute l'article 396 du Code de procédure, le jugement qui aura rejeté la récusation sera exécuté par provision et ce qui sera fait en conséquence sera valable, encore que la récusation fût admise sur l'appel. » Cette dernière disposition consacre une remarquable dérogation au droit commun, d'après lequel tout ce qui a été fait en vertu d'un jugement exécutoire par provision doit tomber ensuite si l'appelant obtient la réformation de la décision des premiers juges.

Dans les vingt-quatre heures de l'expédition de l'arrêt, le greffier de la cour d'appel doit renvoyer toutes les pièces au greffier du tribunal de première instance.

Il va sans dire que l'arrêt de la Cour est susceptible de pourvoi en cassation, et comme la loi a gardé le silence sur cette voie de recours, il en résulte

(1) Poitiers, 31 janvier 1877, D. P. 77, 2, 98; Dijon, 19 février 1886, D. P. 86, 2, 277.

qu'elle doit être soumise, quant au délai et quant à la forme, au droit commun. Ainsi, le pourvoi en cassation sera permis pendant deux mois à partir de la signification de l'arrêt, et de même que l'appel est ouvert à l'adversaire du récusant comme au récusant lui-même, de même aussi on admet le pourvoi en cassation au profit des deux parties (1).

Rappelons que, dans le cas où par suite du nombre des récusations le tribunal ne peut plus se constituer pour juger l'affaire, la partie la plus diligente doit se pourvoir en indication de juges devant la juridiction immédiatement supérieure et, par exemple, s'il s'agit d'un tribunal d'arrondissement, devant la cour d'appel.

# CHAPITRE V

## DES INCIDENTS RELATIFS A L'INTERRUPTION ET A L'EXTINCTION DE L'INSTANCE.

### § 97. — De l'interruption de l'instance (art. 342 à 351 C. pr.).

Pour qu'une instance soit interrompue et qu'il y ait lieu de la reprendre, il faut d'abord que l'affaire ne soit pas encore en état, ensuite que l'une des parties soit décédée et que son décès ait été notifié à l'autre, ou que l'un des avoués ait cessé ses fonctions (art. 342 et 343 C. pr.). Ce second cas, celui de cessation des fonctions de l'avoué, ne peut se présenter que devant les tribunaux d'arrondissement et les cours d'appel, tandis que le premier, celui du décès de la partie, est commun à tous les tribunaux. Le législateur a pensé que la partie qui est morte ou qui n'a plus d'avoué ne peut plus présenter ses moyens, de sorte que si on poursuivait le procès on la jugerait sans l'entendre ; la loi déclare donc l'instance interrompue. Il faudra, pour la reprendre, faire certains actes de procédure, comme nous le verrons plus loin, à moins que les deux parties ne se mettent d'accord sur ce point.

Au contraire, en cas de suspension de l'instance, la procédure reprend de plein droit au point où on en est resté. La suspension d'instance, à la différence de l'interruption, peut résulter d'un événement quelconque autre que celui qui causerait l'interruption, et notamment de l'accord des parties ou d'une décision de justice : dans le premier cas, la suspension est volontaire ; dans le second cas, elle est forcée. Ainsi une instance civile sera suspendue si l'affaire s'instruit au criminel et par application de la règle que le criminel tient le civil en état (art. 3 C. inst. crim.) (2). Nous avons rencontré bien des cas dans lesquels un tribunal peut suspendre une procédure,

(1) Dijon, 19 février 1886, D. P. 86, 2, 277.

(2) Dans ce cas, pour que l'instance soit suspendue, il faut que l'action publique ait été mise en mouvement par le magistrat du parquet compétent. Une plainte portée devant ce magistrat, ou même l'action directe intentée par les parties devant la juridiction répressive, ne suffirait pas pour faire suspendre l'instance d'office. Req., 5 février 1868, S. 68, 1, 454; Bourges, 4 mars 1873, S. 47, 2, 311.

Lorsque la cause de la suspension a disparu, on dit que l'instance est continuée et non pas qu'elle est reprise, précisément parce qu'il n'y a lieu à aucun incident et qu'on fait tout de suite un acte quelconque de la procédure, comme si le procès n'avait jamais cessé d'être instruit.

L'interruption d'instance suppose ou que l'une des parties est décédée ou que son avoué a cessé ses fonctions par une cause quelconque (art. 344 C. pr.). En cas de décès de la partie, l'incident prend le nom de reprise d'instance; en cas de cessation des fonctions de l'avoué, il s'appelle constitution de nouvel avoué. En effet, dans ce second cas, il faut une constitution de nouvel avoué pour remplacer celui qui ne postule plus, tandis que dans le premier (la mort de la partie), l'avoué constitué reste toujours l'avoué de la cause, à moins qu'il ne soit révoqué. On sait qu'en effet le mandat de l'avoué, une fois l'instance engagée, persiste tant que cet officier ministériel n'est pas remplacé et que l'avoué, même révoqué, peut, jusqu'à son remplacement, recevoir les actes de procédure des autres parties, quoiqu'il n'ait plus le droit d'en faire.

En cas de mort de l'une des parties, il faut que cette mort soit notifiée, et l'instance n'est interrompue que du jour de cette notification (art. 344 C. pr.). En cas de cessation des fonctions de l'avoué, l'instance est de plein droit interrompue, comme le dit l'article 344 du Code de procédure, sans qu'il soit nécessaire de notifier ce fait. La raison de la différence est facile à saisir: la mort de l'une des parties peut être ignorée des autres parties et de leurs avoués, tandis que tout ce qui arrive à un avoué est un événement de palais, immédiatement connu de tous.

En cas de mort de l'une des parties, il suffit, pour arrêter la procédure, de dénoncer cette mort, sauf à en justifier plus tard; la loi n'exige pas qu'on notifie l'acte de décès, et l'avoué doit être provisoirement cru sur sa propre affirmation.

La cessation des fonctions de l'avoué a sa cause dans le décès, la démission, l'interdiction, la destitution de cet avoué (art. 344 C. pr.); ainsi, l'instance ne serait pas interrompue par la révocation de l'avoué ou par sa renonciation au mandat qu'il a reçu; nous savons qu'en pareil cas, en effet, pour éviter les lenteurs et les fraudes, la loi veut que cet avoué continue à occuper jusqu'à son remplacement (art. 75 C. pr.).

En dehors des deux causes qu'on vient de faire connaître, le décès de la partie et la cessation des fonctions de l'avoué, aucun événement n'interrompt l'instance (art. 345 C. pr.). Le législateur a lui-même posé cette règle dans l'article 345 du Code de procédure, et cela était d'autant plus nécessaire qu'on aurait pu croire, en s'en tenant à l'article 342, que le changement d'état ou la cessation des fonctions, en vertu desquelles une des parties procédait, étaient aussi des causes interruptives de l'instance. Il n'en est rien : ces événements n'interrompent plus l'instance, à la différence de ce qui avait lieu sous l'empire de l'ordonnance de 1667 (1). Ainsi, qu'un incapable devienne capable, qu'un mineur arrive à la majorité, qu'un interdit obtienne la mainlevée, qu'une femme mariée devienne veuve ou obtienne le divorce

(1) Voir Jousse, sur l'article 2 du titre XXVI.

ou la séparation de corps et, en sens inverse, qu'une personne capable devienne incapable, qu'un majeur soit frappé d'interdiction ou soit pourvu d'un conseil judiciaire (1), ou qu'une fille majeure se marie, ou qu'un commerçant tombe en faillite, malgré ces changements d'état il n'y a plus interruption de l'instance. Dans ces différents cas, l'instance commencée par ou contre une personne capable devenue incapable sera continuée par ou contre son représentant ou avec l'adjonction de celui qui lui donne capacité et, en sens inverse, si un incapable est devenu capable, c'est par ou contre ce dernier que l'affaire sera poursuivie en supposant, dans l'un et l'autre cas, que la cause ne soit pas en état (2).

Il faudrait en dire autant si un tuteur, plaidant en cette qualité pour son pupille, venait à cesser ses fonctions pendant l'instance. On a considéré que l'affaire n'est pas, comme en cas de mort de la partie ou de cessation des fonctions de l'avoué, sans demandeur ou défendeur dûment constitué. Le nouveau tuteur, ou le mineur devenu majeur, en prenant les rênes de l'administration, sera mis au courant du procès par le tuteur sortant. De même, le mari sera averti par sa femme du procès commencé par celle-ci avant son mariage. Il est vrai que, pour le cas où le tuteur serait mort, il pourrait y avoir souffrance, mais alors le tribunal, s'il est averti, accordera des remises.

Il n'y a pas non plus lieu, dans ces circonstances où un changement d'état se produit, à constitution de nouvel avoué ou à renouvellement des pouvoirs de celui qui avait été précédemment constitué. Sous ce dernier rapport, on s'écarte encore ici du droit commun. Le changement d'état du mandant qui, de capable devient incapable, met en général fin au mandat ; par exemple, l'interdiction du mandant fait tomber les pouvoirs du mandataire ordinaire (art. 2003 C. civ.). De même, malgré le silence de la loi sur ce point, on admet que le mandat donné par une fille ou par une veuve cesse si cette fille ou cette veuve se marie. On décide aussi que le mandat ordinaire prend fin avec les pouvoirs de celui qui l'a conféré ; par exemple, le mandat donné par un tuteur prend fin à la cessation de la tutelle.

Mais ici il en est autrement : le changement d'état du mandant qui devient incapable, la cessation des pouvoirs du mandant ne mettent pas fin au mandat de l'avoué. La différence tient à la nature même du mandat *ad litem* qui est forcé. S'agit-il d'un mandat ordinaire, on suppose facilement, en cas de changement d'état de la personne intéressée, qu'elle veut gérer elle-même ses affaires lorsque sa capacité nouvelle le lui permet, que si par le changement d'état elle devient incapable, son représentant légal voudra agir à sa place. Mais, le ministère de l'avoué étant forcé en cas d'instance, ce motif disparaît. La personne intéressée n'ayant pas le droit d'agir par elle-même devant le tribunal, le mandat de l'avoué ne pourrait prendre fin que pour être conféré à un autre avoué ; la loi ne présume pas cette volonté de subtituer un avoué à un autre.

(1) Paris, 7 avril 1848 sous civ. cass., 21 février 1870, D. P. 70, 1, 299 ; *contra* Bourges, 30 juillet 1894, D. P. 95, 2, 409 et note.

(2) Paris, 18 mars 1875, D. P. 78, 2, 49 ; req., 1er février 1876, D. P. 76, 1, 323 ; Paris, 31 janvier 1888, D. P. 89, 2, 200.

Par exception, il est un cas dans lequel le changement d'état de la partie produit, comme son décès, un certain effet : c'est celui où le changement d'état ou le décès de la partie a lieu dans la personne du demandeur, avant que le défendeur ait constitué avoué. Dans ces deux cas, le législateur prescrit une mesure spéciale : la constitution d'avoué de la part du défendeur n'ayant pas encore eu lieu en réponse à l'assignation au moment où les faits se sont produits, le défendeur pourrait croire que cette constitution est maintenant devenue inutile, que l'assignation est tombée ; aussi la loi veut-elle que, pour lui prouver l'intention contraire, on le réassigne. La réassignation est faite par celui ou ceux qui continuent le procès, soit les héritiers du demandeur, soit l'incapable devenu capable, soit le représentant du capable devenu incapable. Si cette réassignation n'était pas faite, on ne pourrait pas prendre valablement défaut contre le défendeur. Mais, à la suite de cette réassignation, ou le défendeur ne constitue pas avoué et alors on peut le faire condamner par défaut, ou le défendeur constitue avoué et alors les choses suivent leur cours ordinaire. D'ailleurs, il ne faudrait pas croire que la première assignation soit devenue inutile ; elle aura toujours eu pour effet de faire courir les intérêts et d'interrompre la prescription. D'un autre côté, il va de soi que le défendeur pourrait rendre inutile la seconde assignation, en constituant avoué sur la première.

Un exploit nouveau contenant constitution de nouvel avoué est, à plus forte raison, nécessaire, malgré le silence de notre article sur ce point, quand l'avoué du demandeur cesse ses fonctions avant que le défendeur ait constitué le sien, sinon comment le défendeur pourrait-il signifier sa constitution?

On peut supposer, en sens inverse, que le défendeur meurt avant d'avoir constitué avoué. En pareil cas, si les héritiers ont connaissance du procès, constituent avoué et notifient le décès, l'instance est interrompue. Mais, autrement, elle ne le serait pas et en conséquence le demandeur obtiendrait valablement jugement par défaut, sauf le droit pour ses héritiers d'y faire opposition.

Enfin on peut supposer le cas, qui s'est d'ailleurs présenté dans la pratique, où le demandeur a agi, et peut-être même a obtenu jugement par défaut faute de comparaître, contre une personne qui était déjà décédée au moment de l'ajournement. Ce jugement est nul, comme rendu contre une personne qui n'existait plus et il n'est pas opposable à ses héritiers, puisqu'elle n'a pas pu les représenter. Les héritiers ont le droit de faire tierce opposition, mais ils peuvent aussi renoncer à la nullité résultant de ce que le jugement a été obtenu contre une personne qui n'existait plus, ainsi qu'à la nullité de l'ajournement qui ne contenait pas l'indication du véritable défendeur. Toutefois, le jugement validé par leur consentement n'en restant pas moins un jugement par défaut faute de comparaître, ils ont le droit de l'attaquer par la voie de l'opposition.

La seconde condition nécessaire pour qu'il y ait lieu à reprise d'instance ou à constitution de nouvel avoué, c'est que le décès de la partie, ou la cessation des fonctions de l'avoué, ait lieu à un moment où l'affaire n'est pas encore en état (art. 342 et 343 C. pr.). Dès qu'une affaire est en état, l'ins-

tance n'est plus interrompue et, conséquemment, il ne peut y avoir lieu à reprise d'instance; la procédure peut être valablement poursuivie et le jugement obtenu, comme s'il ne s'était produit aucun changement. Dans notre ancien droit, l'affaire était en état toutes les fois que l'instruction était terminée pour les parties; autrement, elle n'était pas en état, c'est-à-dire en état de recevoir jugement. Cette règle de droit était, comme on le voit, conforme à la réalité des faits. Il en est encore, bien entendu, de même aujourd'hui. Ainsi, lorsque, les plaidoiries terminées, le ministère public entendu, le tribunal a mis en délibéré pour prononcer le jugement à huitaine ou a remis le rapport à un de ses membres, il n'est pas douteux qu'en pareil cas la mort de l'une des parties, ou la cessation des fonctions de l'avoué, ne pourrait pas retarder l'instance. Le rôle de l'avoué de la partie est fini, ou au moins passif. Mais le code, dérogeant à l'ancien droit, a été beaucoup plus loin et il considère encore l'affaire comme étant en état, qu'il s'agisse d'une procédure ordinaire ou d'une procédure sommaire, dès que les deux parties ont posé contradictoirement leurs conclusions à l'audience ou, comme on dit quelquefois dans la pratique, ont posé qualité. La loi met la fiction à la place de la réalité, lorsqu'elle dit que l'affaire est en état dès que la plaidoirie est commencée et que « la plaidoirie sera réputée commencée quand les conclusions auront été contradictoirement prises à l'audience ».

Il n'est donc même pas nécessaire que la plaidoirie soit commencée et il peut même arriver que la partie n'ait pas encore choisi son avocat. Il y a plus : on sait que, dans la pratique de Paris, les premières conclusions sur le fond sont souvent banales et ont uniquement pour objet d'empêcher ou de rabattre le défaut. Aussi a-t-il été parfois jugé que ces premières conclusions de pure forme ne mettent pas la cause en état et qu'il faut des conclusions prises au jour indiqué par le rôle pour la plaidoirie (1). Cette solution, qui peut être fort utile en pratique, est manifestement contraire au texte de la loi. Il est non moins manifeste que, même après le seul échange de conclusions sérieuses à l'audience, l'affaire n'est pas encore instruite. Les rédacteurs du code semblent être partis de cette idée qu'une fois les écritures signifiées et les conclusions posées à l'audience, les bases de l'instance, les moyens, les prétentions des parties, sont invariablement fixés, ce qui est loin d'être vrai dans la pratique. Aussi l'innovation du code a-t-elle été vivement critiquée par les uns, mais elle n'en a pas moins été approuvée par d'autres. Le système de l'ordonnance, qui consistait à ne déclarer l'affaire en état qu'autant que les plaidoiries étaient terminées, avait le grave défaut de mettre les tribunaux à la discrétion des avocats. Grâce à l'innovation du code, lorsqu'aujourd'hui les avocats retardent sans raison sérieuse le jour de la plaidoirie, le tribunal saisi de l'affaire peut les menacer de juger sans plaidoirie, précisément parce que l'affaire a été mise en état par l'échange des conclusions à l'audience. Mais, en pratique, les tribunaux n'usent presque jamais de ce droit rigoureux et tout s'arrange toujours à l'amiable. Il y a mieux : les tribunaux accordent volontiers délai à l'avocat, bien que

(1) Cass., 14 août 1832. *Jur. gén.*, v° *Reprise d'instance*, 8. Cette jurisprudence paraît tout à fait abandonnée.

l'affaire soit en état, lorsqu'on leur dit que le décès de la partie, ou la cessation des fonctions de l'avoué, a causé un certain trouble dans l'affaire et nécessite de nouveaux entretiens avec les clients.

On aura remarqué qu'il ne suffit pas, pour que la cause soit en état, que des conclusions aient été signifiées de part et d'autre, notamment de la part du demandeur dans l'ajournement et de la part du défendeur dans sa requête en défense : il faut, et il suffit, que les conclusions aient été posées à l'audience (1).

Quand l'affaire s'instruit par écrit, elle est en état dès que les parties ont produit ou que les délais pour faire les productions sont expirés (art. 343 C. pr.) (2). Il résulte de là que si, après cette époque, une des parties ou son avoué meurt, l'instance n'étant pas interrompue, cette partie perd le droit de faire de nouvelles productions et peut être ainsi imparfaitement défendue; ce résultat est d'autant plus fâcheux qu'en règle générale il n'est pas interdit aux parties de faire de nouvelles productions.

Il peut arriver qu'une affaire en état cesse de l'être ; c'est ce qui a lieu, notamment, s'il intervient un jugement de partage ou si, au cours de l'instruction, il survient des changements dans la composition du tribunal. Dans ces cas, il faut de nouveau poser qualité à l'audience, ce qui prouve bien que l'affaire a cessé d'être en état (3). Mais, malgré l'avis contraire de certains auteurs, nous pensons que l'affaire continue à être en état lorsque l'avoué d'une des parties cesse d'exercer ses fonctions après la clôture des débats et avant la lecture du rapport qui doit être fait par un juge.

Quand il intervient un jugement préparatoire ou interlocutoire sur les conclusions des parties, ce jugement épuise l'effet de ces conclusions, de sorte qu'ensuite l'affaire cesse d'être en état, tant qu'on n'a pas de nouveau posé qualité sur le fond.

Sur l'incident, l'affaire est en état dès que les parties ont conclu à l'audience sur ce point, et, dès lors, rien ne s'oppose à ce que le tribunal statue sur l'incident, par exemple sur la mesure d'instruction qui lui est demandée, malgré la mort de la partie ou la cessation des fonctions de l'avoué. Mais ensuite, et à partir de ce jugement, la procédure sera interrompue sur le fond.

Lorsque le procès concerne des droits attachés à la personne, il est particulièrement important de savoir si l'affaire est en état au moment où l'une des parties décède, spécialement le demandeur, car si l'instance n'est pas en état, elle tombe, comme le droit qui l'avait fait naître, par le décès du demandeur, tandis que si l'affaire est en état, le tribunal peut et doit rendre, au nom du défunt, un jugement qui profite à ses héritiers. La même observation s'applique au cas où il s'agit d'une action admise contre le défendeur

(1) Devant les tribunaux de paix et les tribunaux de commerce, la cause n'est en état que du jour où les parties ont comparu en personne ou qu'elles ont conclu par mandataire régulier (Paris, 28 juin 1894, D. P. 95, 2, 523) ; en cassation, du jour du dépôt au greffe des mémoires, en cas d'instance contradictoire, ou du jour où le certificat de défaut a été délivré par le greffier dans le cas où le défendeur ne comparaît pas.

(2) Req., 24 août 1853, D. P. 53, 1, 271.

(3) Civ. cass., 8 août 1859, D. P. 59, 1, 345.

et refusée contre ses héritiers : le décès du défendeur empêchera ou n'empêchera pas le demandeur d'obtenir jugement, suivant que l'affaire, au moment du décès, ne sera pas encore ou sera en état. Ainsi, qu'on suppose le décès du donataire pendant l'instance ouverte par le donateur en révocation de la donation pour cause d'ingratitude; si le donataire meurt alors que l'affaire est en état, comme l'instance n'est pas interrompue, le donateur n'en obtiendra pas moins un jugement de révocation, tandis qu'il n'y aurait pas droit si l'affaire n'était pas en état, car il faudrait alors reprendre la procédure contre les héritiers, ce que défend l'article 957 du Code civil (1).

L'interruption d'instance, résultant de la signification de la mort de la partie ou de plein droit de la cessation des fonctions de l'avoué dans les affaires qui ne sont pas en état, a pour effet d'arrêter toute la procédure (art. 344 C. pr.). Ainsi, comme nous l'avons déjà dit, si la dénonciation de la mort d'une partie, ou la cessation des fonctions d'un avoué, survient après un jugement ordonnant une enquête ou une expertise, l'instance est interrompue et toute procédure doit être immédiatement arrêtée (2). Mais, aussi, si un délai fatal avait commencé à courir, il serait également suspendu et ne pourrait reprendre son cours que quand l'instance aurait été régularisée.

Les actes de procédure faits et les jugements obtenus après l'interruption de l'instance seraient entachés de nullité. La nullité étant d'intérêt privé ne peut être invoquée que par l'adversaire de celui qui l'a commise et il dépend de cet adversaire de la couvrir (3). La nullité du jugement obtenu contre la partie dont l'avoué a cessé ses fonctions pourrait être demandée par voie d'opposition. Ce jugement doit même être considéré comme un jugement par défaut contre partie, de sorte que l'opposition est ouverte jusqu'à l'exécution. La partie pourrait aussi attaquer le jugement par l'appel ou le recours en cassation, suivant que le jugement serait en premier ou dernier ressort, mais il n'y aurait pas d'autre moyen d'attaquer le jugement, car on sait qu'il n'est pas possible de procéder par voie d'action contre un jugement, de sorte que si les délais de ces voies de recours étaient expirés, la nullité se trouverait couverte.

Pour le cas de mort de l'une des parties, l'article 334 du Code de procédure dit seulement que les procédures faites postérieusement à la notification de cette mort seront nulles; pour le cas de cessation des fonctions d'un avoué, il prononce la nullité des poursuites faites et des jugements obtenus. Est-ce à dire que le jugement rendu serait moins irrégulier dans le premier cas que dans le second? On ne saurait découvrir aucune raison plausible d'une pareille différence. Les héritiers de la partie décédée peuvent donc

(1) En cas de décès du donateur, l'instance peut toujours être reprise par son héritier, que l'affaire soit ou non en état. Voy. le même article 957.

(2) Il a été jugé que le décès d'une personne appelée en garantie n'interrompt pas l'instance entre les autres parties au procès, alors que ce décès ne peut leur porter aucun préjudice. Liège, 16 novembre 1883, D. P. 85, 2, 533 et ma note sous cet arrêt. Mais cette solution est très contestable, car toutes les parties en cause ont intérêt à ce que les contestations engagées dans l'instance, la demande principale et la demande en garantie, se terminent par un seul jugement pour éviter les chances d'un nouveau procès.

(3) Metz, 6 juin 1866, D. P. 66, 2, 133; req., 18 avril 1877, D. P. 77, 1, 293; Liège, 16 novembre 1883, D. P. 85, 2, 53; civ. rej., 18 juin 1895, D. P. 95, 1, 271.

demander la nullité du jugement obtenu avant la reprise régulière de l'instance.

L'instance ayant été interrompue, il faut maintenant la reprendre. Il va sans dire qu'il n'y aura lieu à aucun incident ni à aucun acte de procédure spéciale, si les parties s'entendent pour reconnaître que l'instance a été interrompue et, pour la reprendre, il suffira à la plus diligente de faire l'acte de procédure auquel on en était resté (1).

L'instance interrompue par la cessation des fonctions de l'avoué peut être reprise par la partie même qui a constitué un autre avoué. Si l'instance a été interrompue par la mort de l'une des parties, elle peut être reprise par ses ayants cause ou par l'un d'eux. L'instance peut de plein droit être reprise par ou contre les héritiers légitimes, par ou contre les légataires universels dans le cas où ils ont la saisine légale (art. 1006 C. civ.). Au contraire, pour que les successeurs irréguliers et les légataires universels en présence d'héritiers légitimes, ainsi que les légataires à titre universel, puissent agir ou être actionnés en reprise d'instance, il faut supposer qu'ils ont obtenu la saisine judiciaire. Cette solution implique qu'on attribue à la saisine légale deux effets : d'abord la transmission de la possession, ensuite la transmission des droits et actions et de leur exercice. Si l'on décide que la saisine légale ne diffère de la saisine judiciaire que sur le premier point, alors on doit, par voie de conséquence nécessaire, admettre aussi que les successeurs irréguliers, les légataires univérsels en présence d'héritiers légitimes et les légataires à titre universel peuvent agir ou être actionnés en reprise d'instance avant d'avoir obtenu la saisine judiciaire qui leur confère seulement la possession.

Les ayants cause à titre particulier, acheteurs, cessionnaires, par exemple, peuvent reprendre l'instance relative à la chose sur laquelle portent leurs droits.

Quant au légataire à titre particulier, quelques explications sont nécessaires. On sait que le legs pur et simple donne au légataire droit à la chose léguée du jour du décès du testateur (art. 1014 C. civ.), mais ce droit ne peut s'exercer qu'autant que le légataire a fait une demande en délivrance; il faut donc exiger du légataire à titre particulier qui veut reprendre l'instance qu'il ait obtenu la délivrance. Si l'action en revendication de la chose léguée avait été intentée par le défunt, le légataire reprendra cette action après la délivrance, car le testateur lui a légué, avec la chose, l'action et le procès relatifs à cette chose. Réciproquemment, si l'action avait été intentée contre le testateur, le légataire qui aurait demandé la délivrance serait légitime contradicteur à cette action. Si le legs avait seulement rendu le légataire créancier, il pourrait encore reprendre l'instance, quelle qu'elle fût, non plus en son nom, mais comme exerçant le droit de son débiteur (art. 1166 C. civ.).

Les créanciers peuvent, en effet, reprendre l'instance en vertu de l'article 1166 du Code civil. On sait comment ils doivent s'y prendre pour exercer les droits et actions de leur débiteur. Ce n'est pas ici le lieu d'examiner les controverses soulevées par cette question. Dans l'espèce, il sera toujours prudent en pratique de mettre leur débiteur en cause, pour que le jugement

(1) Req., 18 février 1880, S. 80, 1, 455.

soit commun avec lui et qu'il puisse faire valoir tous ses moyens d'attaque ou de défense.

Toutes ces personnes qui ont le droit de reprendre spontanément l'instance peuvent aussi, si elles ne prennent pas les devants, être actionnées en reprise d'instance par la partie adverse (sauf exception pour les créanciers de l'art. 1166 C. civ.). On s'est demandé si tous les héritiers de la partie décédée doivent être mis en cause et on l'a prétendu, en soutenant que cette partie n'est complètement représentée que par la masse de ses héritiers. Mais cette solution est fort contestable, et il vaut mieux laisser pleine liberté à celui qui agit en reprise d'instance, d'autant plus que les héritiers qu'il ne mettrait pas en cause auraient toujours le droit d'intervenir.

Il est bien entendu que les héritiers actionnés en reprise d'instance peuvent opposer l'exception dilatoire de l'article 174 du Code de procédure.

Les parties ont trois ans et demi pour reprendre l'instance à partir de l'interruption; après l'expiration de ce délai, l'instance serait périmée (art. 397 C. pr.). Lorsqu'il y a lieu à constitution de nouvel avoué, la partie ou son représentant n'a pas à renouveler les formalités de capacité ou autres pour reprendre l'instance et, par exemple, le tuteur n'a pas besoin d'une autorisation en matière immobilière. Mais si l'instance a été interrompue par le décès de la partie, celui qui la remplace doit avoir la capacité d'agir en justice ou de remplir les formalités que la loi exige; par exemple, si l'héritier du défunt est un mineur en tutelle, l'action en reprise sera formée par le tuteur qui aura besoin de l'autorisation du conseil de famille en matière immobilière.

Quand la reprise d'instance est volontaire, c'est-à-dire résulte du consentement réciproque des parties, il est inutile de faire rendre un jugement sur cette reprise d'instance; une assignation ni aucun autre acte n'est même nécessaire, malgré l'avis contraire de certains auteurs. Cependant si l'instance a été interrompue par la cessation de fonctions de l'avoué, il faut bien entendu que la partie sans avoué en constitue un autre spontanément et signifie cette constitution. Dans ces différents cas, l'instance est de suite reprise sans aucune procédure spéciale.

Mais il peut se faire que la partie sans avoué ou les héritiers de la partie refusent de reprendre spontanément l'instance; alors il y a lieu à une procédure spéciale qu'exposent les articles 346 et suivants du Code de procédure.

La partie qui veut reprendre l'instance doit assigner en reprise d'instance, en cas de décès de l'autre partie, devant la juridiction saisie du procès au jour du décès. L'instance pendante devant la cour devra donc être reprise devant la cour et non devant le tribunal qui est dessaisi (1). L'assignation est donnée dans les délais fixés au titre des ajournements. Elle doit contenir, en particulier, le nom de l'avoué qui occupait, afin que la partie connaisse ainsi l'étude où se trouvent les pièces et le nom du magistrat rapporteur, car c'est chez lui qu'il faudra produire. Mais ces deux mentions ne sont pas à peine de nullité; l'article 346 ne la prononce pas et il s'agit de formalités secondaires. Il ne paraît pas non plus nécessaire de motiver spéciale-

(1) Cass., 12 décembre 1860, S. 62, 1, 380.

ment cette assignation; elle se justifie suffisamment par elle-même (1).

Lorsque l'interruption résulte de la cessation des fonctions de l'avoué, la partie privée d'avoué est assignée en constitution de nouvel avoué (2).

A la suite de l'assignation, plusieurs hypothèses peuvent se présenter. Parfois, la partie citée comparaît et consent à la reprise d'instance. Sous l'empire de l'ordonnance de 1667, la déclaration de reprise d'instance volontaire se faisait au greffe. Le greffier en délivrait acte au procureur et celui-ci la signifiait au procureur de l'autre partie; le code a sagement supprimé cette procédure inutile. Du moment que la partie assignée consent à reprendre l'instance, il lui suffit d'en faire la déclaration par un simple acte d'avoué à avoué (art. 347 C. pr.) et chacune des parties peut de suite continuer la procédure, sans qu'il soit nécessaire de faire constater la reprise par un jugement; la partie qui demanderait ce jugement en supporterait définitivement les frais.

Le second cas est celui où la partie assignée comparaît et conteste qu'il y ait lieu à reprise d'instance ou oppose une exception. Elle soutient, par exemple, que son avoué n'a pas cessé d'exercer, qu'elle n'est pas héritière de celui qui figurait dans l'instance, que l'instance est éteinte par péremption, désistement, transaction, qu'elle est héritière, mais dans les délais pour faire inventaire et délibérer, qu'il a été commis une nullité de forme dans l'assignation, etc. Dans tous les cas, cet incident est jugé sommairement, c'est-à-dire rapidement, sans autre écriture qu'une requête pour proposer l'incident et une requête en réponse; l'une et l'autre ne peuvent excéder six rôles (art. 348 C. pr.; voy. art. 75 du tarif).

Le troisième cas est celui où la partie assignée en reprise d'instance ou en constitution de nouvel avoué ne comparaît pas (art. 349 C. pr.). A l'expiration du délai pour comparaître, il est rendu un jugement qui tient la cause pour reprise et ordonne qu'il sera procédé suivant les derniers errements, sans qu'il puisse y avoir d'autres délais que ceux qui restaient à courir, c'est-à-dire par exemple que si le délai pour produire dans une instruction par écrit avait commencé à courir avant que l'instance fût interrompue, le délai reprendrait son cours aussitôt après la signification du jugement, et, dès que ce complément de délai serait expiré, la partie comparante pourrait poursuivre le jugement du fond (art. 349 C. pr.). Ainsi, comme on le voit, et par tradition de l'ancien droit, il sera rendu successivement deux jugements: l'un tiendra la cause pour reprise, et l'autre statuera sur le fond du procès (art. 350 C. pr.) (3).

La loi veut s'assurer que le jugement ordonnant la reprise de l'instance parviendra à la connaissance du défaillant; aussi exige-t-elle qu'il soit, comme tout jugement par défaut contre partie, signifié par huissier commis.

(1) Paris, 13 janvier 1883, D. P. 83, 2, 98.

(2) Cette procédure est de plus en plus rare; l'avoué qui ne peut plus occuper est toujours suppléé ou remplacé par un autre de ses confrères, que l'on peut même faire commettre d'office. Grâce à l'intervention des chambres de discipline, on est arrivé à supprimer ces incidents onéreux pour les plaideurs et sans intérêt aucun pour la bonne administration de la justice.

(3) Civ. cass., 11 juillet 1892, D. P. 92, 1, 461.

La signification par un autre huissier serait nulle et entraînerait nullité de tout ce qui s'en serait suivi (art. 350 C. pr.). Si l'affaire est en rapport, l'article veut que la signification énonce le nom du rapporteur; mais l'omission de cette indication peu importante n'entraînerait pas nullité de l'exploit, car la nullité n'est pas prononcée par la loi.

Le jugement par défaut qui tient l'instance pour reprise est, comme tous les jugements par défaut contre partie, soumis à opposition, mais l'opposition doit être portée à l'audience, même si l'affaire est en rapport, c'est-à-dire même si elle s'instruit par écrit (art. 351 C. pr.). Suivant le droit commun, ce jugement par défaut contre partie, qui tient l'instance pour reprise, est susceptible d'opposition tant qu'il n'a pas été exécuté et que cette exécution n'est pas connue du défaillant. L'exécution consistera, de la part de celui qui a obtenu le jugement, à faire un acte de procédure, mais il devra avoir bien soin de le porter à la connaissance du défaillant pour le priver de l'opposition. D'ailleurs, dans le doute, on présumera que le défaillant a eu connaissance de l'exécution et ce serait à lui à prouver le contraire, s'il voulait faire opposition (1).

Il faut bien s'entendre sur l'effet de la déchéance de l'opposition. Cette déchéance n'empêche pas le défaillant de venir, s'il le veut, prendre part à la procédure à un moment quelconque et avant la clôture des débats et alors l'instance reprise par un jugement par défaut faute de comparaître se terminera cependant par un jugement contradictoire sur le fond. Cette déchéance lui retire seulement le droit de faire valoir les prétentions qu'il aurait pu invoquer ou les exceptions qu'il aurait pu faire valoir du chef de l'incident, comme celle de nullité de l'exploit de réassignation.

Si le défaillant sur l'assignation en reprise d'instance ou en constitution de nouvel avoué ne rentre pas spontanément dans la procédure avant la clôture des débats, alors il est bien évident que le fond de l'affaire est à son tour instruit par défaut et se termine par un jugement par défaut faute de comparaître, susceptible d'opposition jusqu'à l'exécution (art. 159 C. pr.).

Il peut aussi arriver que plusieurs parties ayant été assignées en reprise d'instance ou en constitution de nouvel avoué, les unes comparaissent et les autres fassent défaut; le tribunal rend alors un jugement par défaut profit joint dans les formes et avec ses effets ordinaires. C'est encore l'application du droit commun (art. 153 C. pr.). (2). De même, le droit commun nous conduit à dire que le jugement par défaut contre partie sur la reprise d'instance ou la constitution de nouvel avoué, comme le jugement sur le fond de même nature, se périme par six mois (art. 156 C. pr.).

## § 98. — **Du désistement** (art. 402 et 403 C. pr.).

Le désistement est l'abandon de la procédure déjà entamée, offert par le demandeur et accepté par le défendeur. Il peut porter sur tout ou partie de

(1) Nîmes, 30 août 1829, *Jur. gén.*, v[is] *Reprise d'instance*, n° 104 et *Jugement par défaut*, 372, 2.

(2) Besançon, 11 juillet 1864, S. 65, 2, 107; Bordeaux, 7 mars 1870, S. 70, 2, 152; *contra* Bordeaux, 7 juin 1850, S. 51, 2, 110. Cpr. *Code de procédure civile annoté*, sous l'art. 153, n[os] 26 et 27.

la procédure, ou seulement sur tel acte de procédure, ou parfois même sur le droit. Dans le premier cas, on dit en pratique que la partie se désiste de de l'instance, dans le second, qu'elle se désiste de l'action. Ainsi une partie peut offrir de se désister d'un incident tout en continuant la procédure sur le fond. Il est important de le constater dès le début, car nous pouvons en conclure dès maintenant, avec la doctrine et la jurisprudence, qu'au point de vue du désistement les actes de procédure sont essentiellement divisibles.

Le désistement peut aussi porter sur le droit, directement ou indirectement. Ce cas se réalise lorsque le désistement de la procédure ayant fait tomber l'instance, même l'ajournement, il se trouve que la prescription est accomplie, précisément parce que cet ajournement étant nul et sans effet n'a pas interrompu la prescription, qui est maintenant accomplie.

Lorsque le demandeur se désiste de son droit, c'est-à-dire l'abandonne, y renonce, tout est fini et le procès ne saurait renaître. Mais si le désistement ne porte que sur l'instance, comme le droit subsiste, rien n'empêche le demandeur de commencer, quand bon lui semble, un nouveau procès.

En général, le désistement n'emporte qu'extinction de l'instance et non renonciation au droit.

Il est ordinairement offert par acte d'avoué à avoué (art. 402 C. pr.); mais cette forme est purement facultative, la loi ne l'impose pas. Le désistement pourrait donc être fait de toute autre manière, par acte d'huissier comme aussi par simple lettre missive (1). Il pourrait même être offert verbalement à l'audience, et c'est en cette forme qu'il a lieu devant les tribunaux de commerce, où n'existe pas le ministère des avoués (2).

Lorsque le demandeur emploie la forme indiquée par la loi, il faut que cet acte de désistement soit signé par la partie elle-même (qu'il s'agisse d'un simple acte d'avoué à avoué ou d'un acte sous seing privé), sur l'original et sur la copie. C'est là une formalité substantielle, prescrite par l'article 402 du Code de procédure, et dont l'omission entraînerait nullité (3). Si le désistement est fait par mandataire, il faut que la partie reçoive un pouvoir spécial, et cela est vrai même pour l'avoué (art. 402 C. pr.). En effet le mandat ordinaire donné à l'avoué d'occuper, non seulement ne comprend pas le pouvoir de se désister ou d'accepter un désistement, mais y est même contraire; il faut donc une volonté clairement manifestée de la partie.

Il ne suffit pas, comme cela résulte des termes de l'article 402 du Code de procédure, que le demandeur manifeste l'intention de se désister, pour que le désistement existe avec tous ses effets : il faut encore qu'il soit accepté du défendeur; jusqu'à l'acceptation, le désistement peut en effet être toujours révoqué (4). Le défendeur peut avoir intérêt à continuer l'instance, précisément pour éviter la possibilité d'un second procès. On vient de constater que le demandeur, en se désistant, ne renonce pas en général à son droit et se

(1) Lyon, 7 août 1873, S. 74, 2, 141; Bastia, 17 janvier 1876, D. P. 78, 5, 190; Alger, 26 octobre 1893, D. P. 94, 2, 597.

(2) Nous verrons qu'en matière d'ordre et de contribution le désistement se fait sur le procès-verbal dressé par le juge.

(3) Civ. rej., 7 août 1877, S. 79, 1, 31; Caen, 22 février 1881, S. 82, 2, 132.

(4) Agen, 24 mars 1890, D. P. 92, 2, 8; Paris, 28 janvier 1893, D. P. 94, 2, 556.

réserve au contraire de le faire valoir dans la suite. On comprend dès lors très bien que le défendeur, pour se mettre à l'abri de cette éventualité, préfère en finir tout de suite, surtout s'il est à peu près certain d'établir que la prétention du demandeur n'est pas fondée. De même, une instance peut avoir été introduite devant un tribunal incompétent d'une manière relative seulement; lorsque l'incompétence est couverte par des conclusions au fond, le défendeur qui n'a pas demandé cette incompétence pourrait se voir enlever sans son consentement le bénéfice de cette juridiction qu'il n'a pas choisie mais acceptée, si le désistement avait lieu sans son consentement, et peut-être le demandeur se désisterait-il uniquement parce qu'il constaterait que le tribunal ne paraît pas favorable à sa prétention. Si nous compliquons l'instance, il nous est facile de montrer que le défendeur peut encore avoir d'autres intérêts à refuser le désistement. Ainsi un demandeur a laissé passer les délais accordés par le jugement pour faire l'enquête; s'il se désiste, il peut alors recommencer l'instance et demander une nouvelle enquête peut-être nécessaire pour prouver son droit; dans ce cas, le défendeur a encore intérêt à repousser le désistement.

Quand le défendeur accepte le désistement, il a le droit d'exiger qu'il lui en soit donné acte par le tribunal, car il peut craindre que l'acte qui constate le désistement ne s'égare (1).

Nous avons toujours supposé une instance liée par des conclusions contradictoires à l'audience. Tant que l'instance n'est pas liée, le demandeur peut se désister sans le consentement du défendeur, et tous les effets du désistement sont produits (2). Ainsi le demandeur a lancé un exploit d'ajournement entaché de nullité ou bien a assigné devant un tribunal incompétent; il peut se désister, c'est-à-dire retirer son exploit sans le consentement du défendeur, tant que la constitution d'avoué du défendeur n'est pas venue se joindre à l'exploit d'ajournement. Le demandeur peut avoir intérêt à procéder ainsi, par exemple (sauf controverse sur ce point) s'il a agi d'abord au pétitoire; en renonçant ensuite à l'exploit lancé au pétitoire, il peut reprendre la voie possessoire, ce qui lui donnera peut-être plus tard le rôle de défendeur au pétitoire.

Il y a des cas dans lesquels, en réalité, le défendeur accepte à l'avance le désistement. Lorsqu'à l'action intentée par le demandeur le défendeur a répondu par une constitution d'avoué, mais a contesté ensuite la compétence du tribunal, dans ce cas le demandeur peut se désister, sans qu'il soit besoin de l'acceptation formelle du défendeur et quoiqu'il y ait instance liée, précisément parce qu'alors le désistement est l'acquiescement à la demande d'incompétence du défendeur, et le défendeur aurait mauvaise grâce à refuser un désistement qu'il provoque par sa demande.

Quand la loi dit que le désistement doit être accepté par le défendeur, elle suppose que celui-ci peut avoir intérêt à le repousser. Mais si cet intérêt n'existe pas et si le défendeur refuse le désistement par pur esprit de chicane, le tribunal peut et doit, sur la réclamation du demandeur, donner acte

(1) Paris, 18 mars 1875, D. P. 78, 2, 49.
(2) Req., 18 juillet 1859, D. P. 59, 1, 374; trib. de la Seine, 16 décembre 1886, D. P. 91, 3, 8

à celui-ci de son désistement (1). Ainsi l'exploit d'ajournement est nul ; le défendeur qui a constitué avoué s'en aperçoit, mais ne veut ni couvrir la nullité, ni accepter le désistement du demandeur, qui désire recommencer l'instance régulièrement ; le défendeur ne saurait forcer le demandeur à faire des frais et à obtenir un jugement que le défendeur ferait ensuite tomber.

Lorsque le défendeur refuse le désistement sans intérêt et sans motif, les frais du jugement donnant acte du désistement sont à sa charge.

En général, c'est le demandeur qui se désiste ; mais le défendeur qui serait aussi demandeur incident peut également se désister de sa demande incidente. S'il y a plusieurs demandeurs, les uns peuvent se désister et les autres continuer le procès (2). De même, s'il y a plusieurs défendeurs, rien ne s'oppose à ce que le demandeur se désiste vis-à-vis des uns et continue le procès contre les autres. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes sur ce point et les solutions prouvent jusqu'à l'évidence que l'instance est essentiellement divisible quant aux personnes. Si l'on se souvient que le désistement peut aussi être total et porter sur toute la procédure, ou partiel, ou même se réduire à un ou deux actes, on est bien obligé de reconnaître que l'instance est aussi essentiellement divisible quant aux actes qui la constituent. Il est important de le constater dès maintenant, car nous verrons bientôt que la jurisprudence a complètement oublié ces principes en matière de péremption et qu'elle se met ainsi en contradiction manifeste (3).

Faut-il, pour se désister, la capacité de transiger, de compromettre, de disposer du droit ? Non, si le désistement ne porte que sur la procédure, sans atteindre le fond du droit. Il suffit alors d'avoir été autorisé à agir en justice pour pouvoir se désister. Ainsi, un tuteur qui a pu intenter seul une action mobilière peut se désister, bien qu'il n'ait pas le droit de transiger. De même, la femme autorisée à plaider peut se désister sans nouvelle autorisation (4). Une fois l'instance engagée, la direction du procès appartient au tuteur, même en matière immobilière, à la femme autorisée, qui peut reconnaître qu'il est inutile de plaider. Mais, s'il faut leur laisser la disposition de la procédure, il n'en est pas de même de celle du droit, et c'est pourquoi ils ne pourraient pas valablement se désister, si le désistement entraînait directement, ou même indirectement, extinction du droit : tel serait le cas où l'ajournement ayant cessé d'interrompre la prescription par suite du désistement, celle-ci se trouverait maintenant accomplie. Dans ces circonstances, pour pouvoir se désister, il faut avoir la capacité de disposer du droit lui-même.

On dit parfois que le désistement est interdit si l'ordre public est intéressé au procès, mais on ne voit pas sur quelle raison peut être fondée cette solution que ne consacre aucun texte (5).

(1) Req., 19 mai 1879, S. 79, 1, 265. Il appartient, en ce cas, aux tribunaux d'apprécier souverainement les motifs pour lesquels le désistement a été soit donné, soit refusé. Paris, 28 janvier 1893, D. P. 94, 2, 553 ; Paris, 23 juin 1898, D. P. 98, 2, 311.

(2) Lyon, 7 août 1873, S. 74, 2, 141.

(3) Lyon, 7 août 1873, cité *supra* ; voy. aussi *Jur. gén., Suppl.*, v° *Désistement*, n° 24.

(4) Mais la situation du prodigue est différente, parce qu'il doit être assisté pendant tout le procès et non pas autorisé.

(5) Note sous Caen, 27 décembre 1899, D. P. 1900, 1, 161. En ce sens, sur le désistement de l'appel en matière de divorce : Rouen, 5 janvier 1895, S. 97, 2, 207 ; Rouen,

Le désistement n'éteint le droit que par exception, et le plus souvent par voie de conséquence résultant de ce qu'il empêche la prescription d'avoir été interrompue par l'ajournement. En principe, le désistement n'éteint que la procédure à partir de l'ajournement; il ne porte pas sur la tentative de conciliation, à moins d'explication formelle sur ce point, précisément parce qu'elle précède l'instance et que le désistement concerne seulement l'instance. Il en résulte que le demandeur pourra recommencer le procès sans être obligé de tenter une seconde fois la conciliation.

Il va sans dire que le désistement du demandeur concerne seulement sa propre prétention, de sorte que si le défendeur a fait une demande reconventionnelle, celle-ci n'en reste pas moins debout.

En appel, l'effet du désistement est plus grave : il empêche l'appel d'être renouvelé si les délais d'appel sont expirés, de sorte qu'il porte, non seulement sur l'instance, mais aussi sur le droit lui-même. Aussi, en cause d'appel, le désistement équivalant à un acquiescement dépasse en général les pouvoirs ordinaires du représentant légal ou de l'incapable qui plaide (1).

De ce qui précède, il résulte que la formule de l'article 403 du Code de procédure, aux termes duquel, par l'effet du désistement, les choses sont remises « au même état qu'elles étaient avant la demande », n'est pas absolument exacte, puisqu'en appel l'appelant sera presque toujours privé du droit de renouveler son appel et que, même en première instance, le droit sera éteint par l'effet de la prescription si, par suite de l'annulation de l'ajournement, il se trouve que le temps de la prescription est accompli au moment où se produit le désistement. Il aurait mieux valu dire que le désistement a pour effet de remettre les choses en l'état où elles seraient s'il n'y avait pas eu procès.

Le désistement suppose soumission au paiement des frais et celui qui se désiste peut y être contraint sur simple ordonnance du président mise au bas de la taxe, parties présentes ou appelées par acte d'avoué à avoué (art. 403 C. pr.). Celui qui se désiste a le droit de faire opposition ou d'interjeter appel contre cette ordonnance. Cette opposition est portée, non pas devant le président, mais devant le tribunal (art. 6 du 3e décret du 16 février 1807). Quant à l'appel qu'autorise l'article 403 du Code de procédure, il semble résulter du décret de 1807 qu'il sera presque toujours non recevable, car ce décret n'autorise l'appel sur la taxe des dépens qu'autant qu'il y a en même temps appel sur le désistement du fond. Or, le plus souvent, le désistement convenu entre les parties ne donne lieu à aucune décision de la part du tribunal, et c'est précisément ce que suppose même l'article 403 du Code de procédure. Quand le tribunal est cependant appelé à statuer sur le désistement pour en donner acte ou en prononcer la validité,

30 janvier 1897, S. 97, 2, 239; *contra* Caen, 27 décembre 1899 précité, et, en matière de divorce, civ. cass., 23 octobre 1889, S. 90, 1, 161 et le rapport de M. le conseiller Féraut-Giraut; Nancy, 17 janvier 1891, S. 91, 2, 112. Notons toutefois qu'en matière de séparation de corps, par une interprétation subtile et *a contrario* de l'article 249 nouveau du Code civil, certains arrêts ont admis la validité du désistement. Douai, 22 avril 1891, S. 91, 2, 245; req., 28 décembre 1891, S. 91, 1, 120.

(1) Voy., pour le syndic en cas de faillite, civ. cass., 23 février 1885, D. P. 85, 1, 284.

la matière étant évidemment sommaire comme requérant célérité, il liquide les frais par un jugement et, dans ce cas, l'appel devient possible. Quant à l'opposition à la taxe, elle est portée, dans le second cas comme dans le premier, devant le tribunal entier, conformément à l'article 6 du décret du 16 février 1807.

Dans les cas où le désistement est constaté par un jugement, les frais de ce jugement doivent-ils être toujours mis à la charge du demandeur qui se désiste, comme les autres frais? La question ne peut, à notre avis, être tranchée que par plusieurs distinctions. Si le jugement a été rendu nécessaire par le refus intempestif du défendeur, alors c'est lui qui supportera les frais de ce jugement, car il est en faute d'avoir, sans motif et sans intérêt, refusé le désistement. Si l'avoué du défendeur demande la distraction des dépens, un jugement devient encore nécessaire, et comme il n'y a plus faute de la part du défendeur, les frais de ce jugement doivent être mis à la charge du demandeur. Nous donnerions la même solution dans tous les cas où le défendeur, tout en acceptant le désistement, demanderait un jugement qui lui en donnerait acte, en prouvant qu'il y a intérêt (1). Ainsi, lorsque le désistement a été fait et accepté verbalement à l'audience, le défendeur a droit à un jugement aux frais du demandeur, car autrement il n'aurait en main aucune preuve du désistement. Mais faut-il aller jusqu'à admettre, avec certains arrêts, que le défendeur a toujours droit à un jugement, même lorsque le désistement lui est notifié par acte d'avoué à avoué ? On en donne pour raison que la copie d'un désistement par simple acte d'avoué pourrait se perdre et que, dès lors, le défendeur a intérêt à obtenir un jugement ou un arrêt, à moins que le demandeur ne consente à lui donner acte du désistement par un acte notarié rédigé en minute. Cette solution revient à dire qu'en principe le défendeur a toujours droit à un jugement. Or, c'est précisément le contraire que supposent les articles 402 et 403 du Code de procédure.

## § 99. — De l'acquiescement.

L'acquiescement est le fait d'une partie de se soumettre à une prétention de l'autre ou de renoncer à un droit ; il peut même arriver qu'il soit l'un et l'autre à la fois. C'est tantôt un acte unilatéral, tantôt un contrat et, dans ce dernier cas, il est soumis, quant à ses conditions de validité et quant à la preuve, au droit commun des contrats. La loi n'en a pas fait un contrat solennel. Suivant qu'il n'entraîne obligation que pour l'une des parties ou pour les deux à la fois, il est unilatéral ou synallagmatique. De même, il est judiciaire ou extrajudiciaire, selon qu'il est passé en justice ou hors justice. Il peut enfin être exprès ou tacite. Nous avons eu ou nous aurons maints exemples d'acquiescements tacites : celui qui signifie un jugement sans réserves ou qui l'exécute volontairement y acquiesce par cela même et renonce au droit de l'attaquer par appel principal. Mais l'exécution, *même sous réserves*, d'un jugement susceptible de pourvoi en cassation n'impliquerait pas acquiescement, parce que la partie est, dans tous les cas, obligée d'exécuter,

(1) Agen, 27 mai 1873, S. 73, 2, 264.

le pourvoi en cassation n'étant pas suspensif (1). De même, l'exécution d'un jugement préparatoire n'implique pas renonciation à l'appel, puisque cet appel n'est pas permis tant que le jugement sur le fond n'est pas rendu : mais il y aurait acquiescement à un jugement interlocutoire et renonciation à l'appel qui est immédiatement ouvert, si on exécutait sans réserves un jugement interlocutoire (2), à moins que ce jugement ne fût exécutoire par provision.

L'acquiescement peut être pur et simple ou sous condition ou avec réserves ; mais, dans le doute, il doit toujours s'interpréter strictement, parce qu'il est de droit commun que les renonciations ne se presument pas. Il faut avoir bien soin de faire les réserves en même temps que l'acquiescement, car si elles étaient postérieures, comme cela se voit assez souvent dans la pratique, elles seraient, par cela même, tardives et inutiles. Le consentement nécessaire à la validité de l'acquiescement doit n'être entaché ni d'erreur, ni de dol, ni de violence. L'erreur d'une partie sur le caractère d'un jugement qu'elle a cru à tort exécutoire par provision, a pour effet d'empêcher qu'elle soit déchue du droit d'appel (3). De même, l'acquiescement donné à un jugement rendu sur pièces fausses ne rend pas l'appel non recevable quand il est intervenu dans l'ignorance de ce vice (4).

L'acquiescement, à la différence du désistement, n'est pas nécessairement soumis à la condition d'être accepté par la partie adverse (5). S'il n'est pas accepté, il reste un acte unilatéral ; s'il est accepté, il devient un contrat ; mais, dans les deux cas, comme il est immédiatement valable, il lie la partie, qui n'a pas le droit de le rétracter.

Lorsque l'acquiescement implique renonciation à un droit, il faut que la partie ait capacité de disposer librement de ce droit. Ainsi, le mineur émancipé ne peut acquiescer que dans la limite où il est capable. De même, la femme mariée ne peut acquiescer seule que s'il s'agit de son mobilier et si elle est mariée sous le régime de séparation de biens. Le pourvu d'un conseil judiciaire aurait besoin d'être assisté de ce conseil pour acquiescer. Quant au tuteur, il lui est absolument interdit d'acquiescer, si l'acquiescement implique renonciation à un droit du mineur. Mais, s'il consiste dans la reconnaissance du droit d'autrui, il peut acquiescer, pourvu qu'il ait, en matière immobilière, l'autorisation du conseil de famille. Telle est, du moins, l'interprétation qu'il faut, à notre avis, donner à l'article 464 du Code civil.

Tout mandataire a besoin d'une autorisation spéciale pour acquiescer. Cela est même vrai de l'avoué (6) ; mais, pour lui, et à raison de son caractère d'officier ministériel, on présume l'existence de ce pouvoir, sauf au client à prouver le contraire au moyen du désaveu.

L'acquiescement ne saurait être valable dans les cas où il est contraire à

(1) Voy. cependant civ. rej., 5 janvier 1890, D. P. 91, 1, 245.
(2) Civ. cass., 3 mai 1887, D. P. 87, 1, 491 ; req., 14 février 1888, D. P. 88, 1, 125 ; civ. cass., 9 janvier 1893, D. P. 93, 1, 64 ; Orléans, 19 août 1894, D. P. 96, 2, 151.
(3) Civ. cass., 8 août 1838 dans *Jur. gén.*, v° *Acquiescement*, n° 42.
(4) Toulouse, 18 avril 1850, D. P. 50, 2, 116 ; req., 11 juillet 1864, D. P. 64, 1, 339.
(5) Bourges, 20 janvier 1855, D. P. 56, 2, 81 ; Besançon, 6 juin 1866, D. P. 66, 2, 103.
(6) Civ. cass., 9 décembre 1863, D. P. 64, 1, 299.

une loi d'ordre public et implique sa violation ; aussi ne lie-t-il pas alors celui qui l'a donné. Ainsi, l'acquiescement à un jugement par lequel un tribunal incompétent d'une manière absolue se serait déclaré compétent, ne retirerait pas à la partie le droit d'attaquer ce jugement par la voie de l'appel (1). On doit encore considérer comme nul l'acquiescement en violation d'une loi d'ordre public sur la famille, le mariage, le divorce (art. 249 nouveau, C. civ.) (2), l'adoption, la filiation, l'état des personnes. De même, l'acquiescement à un acte ou jugement qui porterait atteinte à l'inaliénabilité d'un immeuble dotal ne serait pas obligatoire.

Dans le silence de la loi, l'acquiescement est soumis, quant à la preuve, au droit commun ; la preuve testimoniale ne sera autorisée que dans les cas exceptionnels où elle est admise par le Code civil.

Fort souvent, en pratique, l'acquiescement est donné par anticipation. C'est ainsi qu'une partie est considérée comme acquiesçant à l'avance à toutes les dispositions du jugement conforme à ses conclusions. Mais s'en rapporter à justice ne constitue pas un acquiescement, puisque c'est, au contraire, contester la prétention de l'adversaire (3).

L'acquiescement se présente surtout en matière de jugement. Nous avons déjà vu qu'une partie acquiesce à un jugement et renonce au droit d'en appeler lorsqu'elle le signifie à l'autre partie sans réserves. La signification à avoué produit le même effet lorsqu'elle remplace la signification à partie comme en matière d'ordre ou de distribution par contribution. Mais lorsque la loi prescrit de signifier à la fois à avoué et à partie, la signification pure et simple à avoué n'entraîne pas acquiescement si la signification à partie contient des réserves. L'acquiescement résulte encore, et le plus souvent, de ce que la partie qui a obtenu le jugement en poursuit l'exécution contre son adversaire. Il en est de même si celui qui a obtenu le jugement accepte les offres de paiement faites par le perdant. A plus forte raison, y a-t-il acquiescement de la part de celui qui exécute volontairement le jugement. Cela est vrai, même du paiement des frais. Dans ces différents cas, la partie, si elle veut interjeter appel, devra mentionner qu'elle n'accepte les offres ou ne se désiste que sous réserves du droit d'appeler. Mais la demande d'un sursis ou d'un délai n'implique pas par elle-même acquiescement (4).

L'acquiescement peut être total ou partiel, et, par exemple, si le jugement contient plusieurs chefs, il peut être limité à quelques-uns d'entre eux, à moins qu'il n'existe entre tous un lien d'indivisibilité.

(1) Rennes, 12 décembre 1881, S. 83, 2, 11 ; Alger, 8 février 1892, D. P. 92, 2, 247.

(2) La jurisprudence permet, au contraire, l'acquiescement en matière de séparation de corps, par argument *a contrario* de cet article. Req., 28 décembre 1891, S. 91, 1, 120 ; Bordeaux, 20 janvier 1899, S. 99, 2, 144.

(3) Orléans, 19 mars 1887, D. P. 89, 2, 113 ; req., 9 novembre 1892, D. P. 93, 1, 212 ; Besançon, 3 janvier 1894, D. P. 95, 2, 258 ; Paris, 5 mars 1896, D. P. 96, 2, 423 ; req., 17 juin 1897, D. P. 98, 1, 521 ; civ. rej., 25 janvier 1898, D. P. 1900, 1, 99.

(4) L'avoué ne pouvant acquiescer, ainsi que nous l'avons vu, qu'en vertu d'un mandat spécial, il faut en tirer cette conséquence que le paiement des frais faits sans réserves par l'avoué, alors qu'il n'avait pas mandat d'acquiescer, ne vaut pas acquiescement. Civ. rej., 23 mai 1887, D. P. 88, 1, 31 ; civ. cass., 9 novembre 1898, D. P. 98, 1, 512.

## § 100. — Péremption (art. 397 à 402 C. pr.).

La péremption d'instance consiste dans son extinction demandée par le défendeur, lorsqu'il s'est écoulé plus de trois ans depuis le dernier acte de procédure. Elle repose sur le même motif que la prescription, à laquelle elle ressemble sous certains rapports et dont elle diffère sous d'autres. Elle a pour but de mettre un terme aux procès, afin de les empêcher de durer éternellement. La loi part de cette idée que celui qui reste un certain temps sans donner suite à l'instance qu'il a engagée est censé y renoncer.

Il serait facile de retrouver le germe de notre péremption dans le droit canonique, et même dans certaines dispositions du droit romain. Mais sa source directe et principale se trouve dans les arrêtés de règlement et dans les ordonnances de notre ancien droit, notamment dans les ordonnances de 1539 (art. 120) et de 1563; encore faut-il reconnaître que la première mentionne la péremption d'instance plutôt qu'elle ne la réglemente. L'ordonnance de 1667 la passa complètement sous silence; aussi la plus grande diversité régnait-elle dans les ressorts des divers parlements. En général, la péremption supposait la cessation de la procédure depuis trois années au moins, mais les uns l'excluaient tant qu'il n'y avait pas eu contestation en cause, sous prétexte qu'auparavant l'instance n'était pas encore liée, tandis que les autres voulaient qu'une fois la contestation en cause engagée, il n'y eût plus lieu à péremption, cette contestation ayant produit un droit nouveau qui ne pouvait s'éteindre que par prescription. Dans les parlements de Bretagne et de Normandie, on n'admettait la péremption qu'autant qu'elle avait pour effet d'entraîner la prescription du droit par suite de l'annulation de l'ajournement qui cessait d'avoir interrompu la prescription. Le parlement de Grenoble repoussait complètement la péremption; celui de Toulouse ne l'admit qu'assez tard. C'est précisément pour mettre un terme à ces divergences que l'ordonnance de Roussillon de 1563 (art. 15) essaya d'établir dans tout le royaume la péremption de trois ans, mais elle rencontra une telle résistance qu'on ne l'observa pas, et plus tard l'ordonnance de 1629 (art. 91) n'obtint pas plus de succès. La diversité continua donc à régner partout. On admettait cependant très généralement que certaines instances ne tombaient pas en péremption, notamment celles qui concernaient les droits de régale, les appellations comme d'abus, les causes concernant le roi, le public, la police, l'état des personnes. Mais la péremption courait, sauf dans certains parlements, contre les mineurs, les pupilles, les communautés, hospices ou autres. D'une manière générale aussi, on fixait le délai de la péremption à trois ans, sauf dans les parlements de Grenoble et de Besançon, qui ne connaissaient que la prescription de trente ans. D'ailleurs, la péremption s'accomplissait de plein droit comme la prescription. C'est seulement au milieu du siècle dernier qu'au parlement et au Châtelet de Paris on voulut que la péremption fût demandée pour être acquise au défendeur, et ce système s'étendit ensuite aux autres parlements.

Les rédacteurs du Code de procédure ont compris la nécessité de mettre un terme à ces divergences et de consacrer un certain nombre de règles qui

sont pour la plupart empruntées à un arrêt de règlement du parlement de Paris du 23 mars 1691.

L'article 397 pose en principe que toute instance est soumise à la péremption; il n'y a donc pas lieu de distinguer entre la première instance et l'instance d'appel. De même, la péremption s'applique devant les tribunaux ordinaires et devant les juridictions exceptionnelles, comme, par exemple, les justices de paix et les tribunaux de commerce. Par exception, la péremption d'instance n'existe pas à la Cour de cassation, parce qu'elle n'est consacrée pár aucun des textes qui la concernent. Il ne peut pas être question non plus de péremption d'instance devant les arbitres dont les pouvoirs expirent de plein droit au bout de trois mois à partir du jour du compromis, à moins que celui-ci ne fixe un délai différent (art. 1007 C. pr.). D'un autre côté, la péremption est soumise en justice de paix à quelques règles spéciales pour le cas où il a été rendu un jugement interlocutoire (art. 15 C. pr.).

On a, pendant un certain temps, soutenu que la péremption d'instance n'existe pas en matière commerciale, et on en a donné pour raison que le titre du Code de procédure consacré aux affaires commerciales ne le mentionne pas, tandis que la loi s'est occupée de la péremption en justice de paix comme devant les tribunaux d'arrondissement. D'ailleurs, ajoute-t-on, l'article 406 du Code de procédure nous dit que la péremption doit être demandée par acte d'avoué à avoué, ce qui ne peut pas avoir lieu en matière commerciale, où le ministère des avoués n'existe pas. Mais cette opinion est aujourd'hui abandonnée et il faut d'autant moins hésiter à admettre la péremption en matière commerciale que les affaires de cette nature doivent être instruites et jugées rapidement. Si le titre XXV consacré à la procédure commerciale ne parle pas de la péremption, c'est précisément parce qu'il entend la soumettre au droit commun en cette matière. Le titre XXV est consacré, en effet, aux particularités que présente la procédure commerciale et du moment qu'il garde le silence, on doit en conclure qu'il entend appliquer les mêmes règles qu'en matière civile. Il faudrait donc un texte pour écarter la péremption dans les affaires commerciales, et ce texte n'existe pas. Sans doute, la péremption ne sera pas demandée par acte d'avoué à avoué, mais elle le sera verbalement à l'audience ou, ce qui vaudra mieux, par exploit d'huissier. C'est ainsi qu'on procède toujours en matière commerciale pour les cas où en matière civile la loi prescrit un acte d'avoué à avoué (1).

Toute instance est soumise à péremption, même celles qui concernent des affaires où l'ordre public est intéressé. L'instance en péremption est elle-même soumise à péremption. Mais lorsque l'instance en péremption est périmée, le demandeur a-t-il le droit de reprendre la première instance sous prétexte que le défendeur ne pourrait plus se prévaloir contre lui de la péremption de cette première instance ? A notre avis, malgré la péremption de l'instance en péremption, le défendeur peut encore invoquer la péremption de la première instance, mais il faut qu'il le fasse par un nouvel acte d'avoué et il peut arriver que le demandeur ait le temps de reprendre l'instance auparavant.

(1) Riom, 24 décembre 1890, D. P 92, 2, 133.

La péremption s'accomplit, même s'il n'y a pas constitution d'avoué, nous dit la loi, mais ces expressions sont trop générales et ne s'appliquent qu'au défendeur; car il est bien évident que le demandeur a toujours dû constituer avoué dans l'exploit d'ajournement qui, autrement, serait nul. Ces mots « encore qu'il n'y ait pas eu constitution d'avoué » ont pour but de trancher des controverses et de mettre fin à des usages différents de notre ancien droit. Ainsi, tantôt on soutenait que quand le défendeur n'avait pas constitué de procureur, il ne pouvait pas demander la péremption, parce que le demandeur ne saurait être forcé d'agir contre un défendeur qui fait défaut; tantôt au contraire on décidait, comme on l'a vu, que l'instance une fois liée ne se périmait plus. Aujourd'hui, il est certain que l'instance peut tomber en péremption, être anéantie, depuis le jour de l'exploit d'ajournement jusqu'au jugement sur le fond exclusivement. Un règlement du parlement de Paris, du 28 mars 1692, avait décidé qu'il n'y aurait pas de péremption dans les instances où il interviendrait quelques appointements ou arrêts interlocutoires ou définitifs. Ainsi, le jugement interlocutoire n'interrompait pas seulement la péremption pour le passé, il y faisait encore obstacle pour l'avenir. Au contraire, les parlements de Toulouse et de Rouen, s'appuyant sur le principe que l'interlocutoire ne lie pas le juge et ne forme qu'un simple préjugé en faveur de la partie qui l'a obtenu, décidaient que ce jugement n'empêchait pas la péremption et y était lui-même soumis.

On admettait généralement que la mise au rôle d'une affaire empêchait sa péremption dans les cours souveraines et devant les juridictions jugeant sur appel. Cela tenait à ce que, devant ces juridictions, ces rôles étaient périodiquement publiés, déposés et suivis alors qu'ils avaient été arrêtés par le président; on considérait le rôle comme formant pour chacune des parties une interpellation permanente de se tenir prête à plaider. Une ordonnance de 1585 voulait également que, dans les affaires instruites par écrit devant les cours supérieures ou devant les présidiaux jugeant en dernier ressort, la péremption ne fût plus possible dès que ces affaires avaient été mises en état par les parties et on les considérait comme telles dès que les parties avaient écrit, produit et fait nommer un rapporteur à qui les pièces avaient été remises. L'article 397 du Code de procédure, par ses termes généraux, a rejeté toutes ces distinctions : dès que l'instance est commencée et tant que le jugement sur le fond n'est pas rendu, elle peut être frappée de péremption. Non seulement les jugements d'avant dire droit ne font pas obstacle à la péremption pour l'avenir, mais ils y sont eux-mêmes soumis. Loin de constituer un point d'arrêt dans la procédure, ces jugements provoquent une suite et ne sauraient terminer l'instance; cela suffit pour que la péremption soit possible (1). C'est donc, en principe, le jugement sur le fond qui seul rend la péremption impossible; elle peut se produire même après la clôture des débats et quoiqu'à partir de ce moment les parties n'aient plus aucun rôle actif à jouer; mais elles doivent toujours veiller à ce que le jugement soit rendu et ont même le droit d'y contraindre le tribunal par la voie de la

(1) Alger, 18 juin 1894, D. P. 95, 2, 509.

prise à partie; cela suffit pour qu'il y ait encore lieu à péremption d'instance si elles gardent le silence.

Parfois, cependant, certains jugements statuent d'une manière définitive sur différents incidents et peuvent se soutenir ensuite, quel que soit le sort de l'instance. Tels sont les jugements qui, en matière de vérification d'écritures ou de faux, déclarent une pièce sincère ou fausse. Ces jugements ne sont pas plus tard atteints par la péremption. Il en serait autrement de ceux qui seraient naturellement liés à l'instance, comme, par exemple, du jugement provisoire qui accorderait une provision alimentaire pour la durée du procès.

La péremption s'accomplit par trois ans; au bout de ce temps, l'instance est éteinte, nous dit la loi. Cela signifie que l'instance et la procédure disparaissent, mais, comme nous le verrons plus loin avec l'article 397 du Code de procédure, le fond du droit peut subsister et l'action être renouvelée.

Le délai est toujours de trois ans à partir du dernier acte de la procédure qui a date certaine. Un acte non daté ou dont la date serait incertaine ne pourrait faire courir le délai. Dans le cas d'un ajournement qui n'aurait été suivi ni de constitution d'avoué, ni de poursuites ultérieures, les trois années commenceraient à courir à partir de la signification de cet ajournement et non à partir du jour de l'échéance du délai de comparution. Cette signification forme, en effet, le dernier acte de l'instance (1). Il n'y a pas lieu, pour déterminer la durée de la péremption, de se préoccuper de l'état de la procédure, ni de la durée de la prescription de l'action. Que cette prescription soit courte ou qu'elle exige trente ans, ou même que l'action soit imprescriptible, dans tous les cas la péremption restera fixée au délai de trois ans. Ainsi, qu'il s'agisse d'une action soumise à la prescription de six mois, l'instance relative à cette action pourra néanmoins être reprise pendant trois ans, bien qu'à défaut d'instance engagée il serait impossible d'intenter l'action. C'est qu'en effet la prescription de six mois a été interrompue par l'ajournement et cette interruption persiste tant que dure l'instance. En sens inverse, l'instance relative à une question d'état, à un bien du domaine public, prend fin par trois ans, bien qu'il s'agisse d'actions imprescriptibles. Il en était autrement dans nos anciens parlements, où elle n'était admise qu'autant qu'elle concourait avec la prescription de l'action : l'imprescriptibilité de l'action entraînait celle de l'instance.

Dans le silence de la loi, il faut compter le délai de la péremption comme celui de la prescription : on exclut le *dies a quo* et il faut que le *dies ad quem* soit accompli (arg. art. 2261 C. civ.). Tant que ce dernier jour n'est pas écoulé, il est encore temps d'agir, mais le lendemain de ce jour il est trop tard, à moins cependant que le défendeur n'ait pas encore pris acte de la péremption et précisément parce que celle-ci n'a pas lieu de plein droit, à la différence de la prescription.

Par exception, il y a des cas dans lesquels la loi modifie ce délai de trois ans, soit pour l'élargir, soit pour le restreindre.

(1) D'ailleurs, dès que l'assignation a eu lieu et a été signifiée, l'instance est commencée, même si le tribunal n'a pas ensuite été saisi par la mise au rôle. Paris, 17 avril 1894, D. P. 95, 2, 195.

Et d'abord, le délai est porté de trois ans à trois ans et six mois toutes les fois qu'il y a lieu à reprise d'instance ou à constitution de nouvel avoué (art. 397 C. pr.). On a vu que le décès de la partie ne rend nécessaire une reprise d'instance que s'il a été notifié et qu'une fois l'affaire en état, il n'y a plus lieu à reprise d'instance ou constitution de nouvel avoué. On serait, dès lors, porté à croire que, dans ces circonstances, il n'y a pas lieu à augmentation de six mois, pour le délai de la péremption, c'est-à-dire quand le décès n'a pas été notifié ou que l'affaire est en état. Mais cette solution est généralement repoussée. Si c'est le défendeur qui est décédé, le demandeur ayant la faculté de poursuivre tant que le décès n'a pas été notifié, il est certain qu'il n'a pas le droit de prétendre à une prorogation de six mois; c'est seulement si le décès a été notifié qu'il peut prétendre à cette prorogation, car alors l'instance a été interrompue et, pour la reprendre, il faut qu'il assigne les héritiers, ce qui demande un temps plus ou moins long. Si c'est le demandeur qui est décédé, que le décès ait ou non été notifié au défendeur, d'après la doctrine dominante la péremption exige trois ans et six mois, car dans tous les cas ici l'instance doit être reprise ou continuée par les héritiers auxquels il paraît conforme à l'esprit de la loi d'accorder un délai plus long que celui du droit commun. Dans une certaine doctrine, on admet encore la prorogation de six mois, même si le décès se produit après la mise en état.

Ces dernières solutions, quoique généralement admises, ne reposent pas sur une interprétation rigoureuse de la loi qui n'autorise l'augmentation de six mois qu'autant qu'il y a lieu à reprise d'instance ou à constitution de nouvel avoué, ce qui n'est pas le cas si le décès n'a pas été notifié ou si l'affaire est en état.

Pour accorder l'augmentation de six mois, il n'y a pas lieu de distinguer selon que le décès s'est produit avant ou après le dernier acte de procédure (1).

La jurisprudence de certaines cours d'appel admet aussi que le délai de la péremption doit être porté de trois ans à trois ans et six mois, lorsqu'il y a lieu à renvoi après cassation, parce qu'en pareil cas il faut constituer un nouvel avoué devant le tribunal ou la cour de renvoi (2). Mais la Cour de cassation repousse cette doctrine et décide avec raison qu'il n'y a pas lieu en pareil cas d'augmenter le délai de six mois, l'article 397 supposant qu'il s'agit de remplacer l'avoué de la juridiction déjà saisie et non de s'adresser à une nouvelle juridiction (3).

On discute aussi sur le point de savoir si la prorogation de six mois doit être admise, lorsque l'événement qui la motive se produit après trois ans et dans les six mois qui suivent, comme, par exemple, si la partie décède au bout de trois ans et trois mois. L'affirmative ne me paraît pas douteuse : la péremption n'ayant pas lieu de plein droit, on ne peut pas dire qu'elle soit accomplie tant qu'il n'en a pas été pris acte. Mais il va sans dire que nous donnerions la solution contraire si, au bout de trois ans, et avant l'événe-

(1) Civ. cass., 21 mai 1879, D. P. 80, 1, 54.
(2) Voy. notamment Orléans, 7 décembre 1883, D. P. 87, 1, 5, note 1.
(3) Req., 13 mai 1878, D. P. 79, 1, 64; req., 3 janvier 1887, D. P. 87, 1, 5.

ment qui donne lieu à prorogation, le défendeur avait accepté la péremption.

Nous arrivons à la seconde exception à la règle qui fixe à trois ans le délai de la péremption.

La loi du 26 octobre 1790 (tit. VII, art. 7) décidait d'une manière générale que la péremption s'accomplirait au bout de quatre mois et de plein droit pour les affaires de juges de paix. L'article 15 du Code de procédure ne maintient ces deux particularités que pour le cas où le juge de paix a rendu un jugement interlocutoire, et il ajoute que, si l'instance est périmée par la faute du juge, il sera passible de dommages-intérêts. Le but de la loi est d'inciter les juges de paix à procéder rapidement aux mesures d'instruction qu'ils ont ordonnées. Aussi a-t-on proposé d'étendre cette exception au cas d'un jugement préparatoire. Mais cette solution n'est pas acceptée par la Cour de cassation qui interprète d'une manière restrictive l'article 15, par cela même qu'il est d'une nature exceptionnelle (1). On exigera donc le délai de trois ans pour la péremption, et celle-ci n'aura pas lieu de plein droit devant le juge de paix, toutes les fois que ce magistrat n'aura rendu aucun jugement ou qu'il n'aura rendu qu'un jugement préparatoire ou un jugement provisoire. De même, lorsqu'une affaire de justice de paix arrive en appel devant le tribunal d'arrondissement, on applique le droit commun pour l'instance engagée devant ce tribunal : la péremption ne peut avoir lieu qu'au bout de trois ans et doit être demandée (2).

En cas de jugement interlocutoire, le délai de quatre mois de la péremption de plein droit court du jour de ce jugement ; mais il serait suspendu par l'appel qu'interjetterait une des parties contre cet interlocutoire, et ne reprendrait son cours qu'à partir de la signification du jugement d'appel à avoué (3).

Si le juge de paix a rendu plusieurs jugements interlocutoires, la péremption ne commence à courir que du jour du dernier de ces jugements (4).

La jurisprudence atténue parfois la rigueur de la péremption de plein droit par quatre mois, en décidant que les quatre mois ne commencent à courir que du jour où l'opération ordonnée par l'interlocutoire est terminée, par exemple du jour du dépôt du rapport des experts (5). Mais cette solution paraît aussi contraire au texte qu'à l'esprit de la loi, laquelle a précisément voulu que ces mesures d'instruction fussent limitées à un temps très court.

En troisième lieu, en matière d'enregistrement, le délai de la péremption est réduit à un an par la loi du 22 frimaire an VII, article 61.

On relève aussi parfois comme particularité l'extinction du jugement par défaut contre partie par six mois (art. 156 C. pr.) et celle du commande-

(1) Civ. cass., 30 avril 1873, S. 73, 1, 384 ; req., 19 mars 1884, D. P. 85, 1, 212.

(2) Civ. cass., 11 août 1874, S. 75, 1, 29.

(3) Civ. rej., 25 novembre 1884, D. P. 85, 1, 318.

(4) Civ. rej., 9 avril 1884, D. P. 85, 1, 232 ; req., 20 avril 1885, D. P. 85, 1, 440 ; civ. rej., 24 mai 1892, D. P. 92, 1, 328.

(5) Civ. rej., 30 août 1880, D. P. 80, 5, 363 ; req., 16 février 1887, D. P. 87, 1, 320 ; trib. d'Arras, 27 juin 1894, D. P. 96, 1, 96.

ment qui doit précéder la saisie immobilière par quatre-vingt-dix jours (art. 674 C. pr.) ; mais on remarquera qu'il ne s'agit plus ici d'instance ni de péremption véritable. On est en présence de prescriptions ordinaires qui s'accomplissent de plein droit contre certains actes de procédure.

Il ne suffit pas, pour que la péremption ait lieu, qu'il se soit écoulé trois ans depuis le dernier acte de procédure de l'une ou de l'autre des parties : il faut encore que la péremption soit demandée par le défendeur (art. 379 C. pr.). Sous ce rapport, elle diffère de la prescription qui a lieu de plein droit et bien qu'elle repose sur la même cause que celle-ci : le législateur a pensé que quand le demandeur laisse traîner l'affaire depuis plus de trois ans, il y a négligence de sa part ou que tout au moins son inaction implique renonciation au procès. La péremption peut en effet être considérée comme une sorte de désistement tacite. En gardant le silence pendant trois ans, le demandeur offre en réalité au défendeur d'en rester là. Mais de même que le désistement formel doit être accepté par le défendeur, de même aussi la péremption. Le défendeur peut donc, au bout de trois ans et à son choix, ou faire un acte de procédure, ou déclarer qu'il prend acte de la péremption ; dans le premier cas, il interrompt la péremption et refuse le désistement tacite ; dans le second cas, il accepte le désistement. De même, tant que le défendeur garde le silence, le demandeur peut interrompre la péremption, même après plus de trois ans, par un acte de procédure.

On avait soutenu dans notre ancien droit qu'un acte de procédure du défendeur ne pouvait pas lui nuire à lui-même et lui retirer le droit de profiter de la péremption. Mais l'opinion contraire n'était pas moins vivement défendue. Un arrêt de règlement du parlement de Paris, du 12 août 1737, avait mis fin à cette controverse en donnant la solution reproduite par l'article 399 du Code de procédure. La péremption se couvre par tout acte de procédure valable de l'une ou de l'autre des parties (1). Cette règle ne comporte qu'une exception : nous avons déjà vu que dans le cas où un juge de paix a rendu un interlocutoire, la péremption par quatre mois a lieu de plein droit, précisément parce que cette péremption est plutôt dirigée contre le juge que contre le demandeur (2).

Tout acte de procédure de l'une ou de l'autre des parties interrompt la péremption, pourvu qu'il soit valable, et nous attacherons également cet effet à la mise au rôle (3), aux conclusions prises à l'audience, à la signification du procès-verbal d'enquête ou du rapport d'expert, à la notification du changement d'état ou de décès de la partie, à une demande de reprise d'instance (4). On voit que l'effet interruptif résulte même d'actes qui ne sont pas soumis à signification, pourvu qu'ils fassent partie de l'instance, car autrement on ne pourrait pas dire qu'ils l'ont continuée (5). Ainsi une sommation

(1) Paris, 5 mars 1892, D. P. 93, 2, 323 ; Alger, 28 avril 1894, D. P. 95, 2, 171.

(2) On a aussi soutenu que, dans le cas de l'article 330 du Code civil, la présomption doit avoir lieu de plein droit. Mais il nous semble, au contraire, que dans le silence de la loi il faut appliquer le droit commun.

(3) Alger, 7 décembre 1892, D. P. 92, 2, 532 ; Riom, 12 mai 1899, D. P. 99, 2, 448.

(4) Paris, 8 mai 1893, D. P. 93, 2, 386.

(5) Paris, 5 mars 1892, D. P. 93, 2, 323 ; Alger, 28 avril 1894, D. P. 95, 2, 171.

signifiée extrajudiciairement par huissier ne couvrirait pas la péremption. Celle-ci ne serait pas non plus interrompue par un jugement d'incident ou de remise de cause, car ces jugements sont des actes du tribunal et non des parties. La remise d'office sans jugement prononcée par le président ne peut pas davantage être considérée comme interrompant la péremption, bien que les parties en soient avisées par un bulletin du greffe, pas plus d'ailleurs que la convocation adressée aux avoués par le président, en exécution de la circulaire ministérielle du 16 août 1892, pour examiner l'état de l'affaire. Il s'agit, dans ces deux cas, de mesures d'ordre intérieur (1). Il faut en dire autant de la radiation du rôle qui est une mesure d'ordre intérieur opérée par le greffier (2).

En pratique, lorsque le défendeur veut se prévaloir de la péremption, il doit avoir le double soin de ne faire aucun acte de procédure et de s'empresser de prendre acte de la péremption, dès que trois ans se sont écoulés. Autrement, il risque de voir le demandeur prendre les devants par un acte valable de procédure pour empêcher la péremption (3). On a vu parfois cet acte de procédure du demandeur se croiser le même jour avec l'acte du défendeur qu'invoque la péremption. Il n'est pas douteux qu'on doit préférer celui de ces deux actes qui est le plus ancien, si l'on peut établir à son profit la priorité d'heure. Dans le doute, on préférera l'acte du demandeur qui empêche la péremption à celui du défendeur qui la réaliserait, en vertu de cette vieille maxime : *Potius valeant quam ut pereant*. Mais, bien entendu, il est nécessaire que cet acte soit valable en la forme.

C'est le défendeur seul qui peut, en principe, demander la péremption d'instance. L'expiration de trois ans sans poursuite ne fait présumer le désistement que de la part du demandeur ; le rôle du défendeur ne comporte que l'inaction. Certains auteurs refusent au demandeur le droit d'invoquer la péremption, même si le défendeur a formé une demande reconventionnelle ou s'il y a eu appel incident, sous prétexte qu'il s'agit là de simples accessoires. D'autres lui permettent de se prévaloir de la péremption, à la condition qu'il se soit d'abord désisté de sa demande ou de son appel et que trois ans se soient écoulés depuis que la prétention du défendeur ou de l'intimé est restée seule debout. Enfin, on peut aller encore plus loin et permettre au demandeur d'invoquer la péremption contre la demande reconventionnelle du défendeur, sous la seule condition que celui-ci soit resté trois ans sans faire aucun acte de procédure et cette dernière solution, dans le silence de la loi, semble bien être la plus conforme aux principes ordinaires.

D'ailleurs, celui qui a obtenu l'autorisation de défendre a, par cela même, capacité pour opposer la péremption. Il est inutile d'insister sur les applications qui peuvent être faites de cette règle au préfet représentant le départe-

(1) Paris, 27 mars 1885, D. P. 89, 1, 69 ; trib. de la Seine, 2 février 1893, D. P. 93, 2, 391.

(2) Paris, 27 mai 1872, S. 72, 2, 112.

(3) Les avoués constitués devront avoir d'autant plus de soin à veiller à ce que la péremption ne soit pas encourue, que la jurisprudence tend de plus en plus à les rendre responsables de la péremption encourue contre le gré de leurs clients. Aix, 26 octobre 1900, D. P. 1900, 2, 480.

ment, au maire défendant au nom de la commune, à la femme mariée, au tuteur, etc. Il va sans dire aussi que les créanciers du défendeur peuvent invoquer la péremption au nom de leur débiteur (art. 1166 C. civ.). En appel, c'est l'intimé qui joue le rôle de défendeur et qui a, en conséquence, le droit d'invoquer la péremption, même s'il était demandeur en première instance. En sens inverse, aucune autorisation nouvelle n'est nécessaire, pour renoncer à la péremption, à celui qui en a besoin pour citer en justice et qui l'a obtenue. Enfin est-il besoin de dire que, quand la péremption a lieu avant que le défendeur ait constitué avoué, si celui-ci veut ensuite l'invoquer, il faut qu'il commence par constituer avoué?

La péremption court contre toute personne, même contre les mineurs, sauf leur recours contre leur tuteur. La loi a bien fait de s'expliquer sur ce point à l'égard des mineurs, parce que la prescription ne court pas contre eux et, si la loi avait gardé le silence, on aurait pu croire qu'il en était de même de la péremption (1). Il y a d'autant moins d'inconvénients à faire courir la péremption contre le mineur que son droit n'est pas menacé par cette péremption, puisque la prescription de l'action reste suspendue pendant la minorité (art. 2252 C. civ.), à moins cependant qu'il ne s'agisse d'une courte prescription.

Certains auteurs estiment que la péremption ne doit pas courir contre le mineur s'il est sans tuteur, et en effet notre article, en posant la règle que le mineur est soumis à la péremption, n'a en vue que le mineur pourvu d'un tuteur. En outre, on ne voit pas comment le mineur sans tuteur pourrait éviter la péremption et il pourrait être menacé d'un sérieux préjudice, puisqu'il n'aurait aucun recours contre son tuteur.

Mais faut-il alors généraliser cette solution et dire, d'une manière absolue, que la péremption est suspendue toutes les fois que le demandeur se trouve dans l'impossibilité d'agir par force majeure, comme, par exemple, en cas de guerre ou d'inondation? Cette solution a été soutenue par des auteurs qui se sont fondés sur la maxime : *Contra non valentem agere non currit præscriptio.* Mais l'existence de cette maxime dans notre droit est vivement contestée en l'absence de tout texte précis (2), et ce qui prouve bien que le législateur n'admet pas ce principe, c'est qu'à plusieurs reprises il est intervenu pour déclarer que, dans tel ou tel cas déterminé, la péremption serait suspendue (3).

La suspension de la péremption, comme on le voit, peut être légale. C'est ce qui se produit encore toutes les fois que la loi ordonne à un tribunal

(1) Mais il était inutile de dire que la péremption court contre l'État et les établissements publics, puisqu'ils sont, quant à la prescription, soumis au droit commun.

(2) Voy. Aubry et Rau, 4e éd., t. II, p. 332.

(3) Voy., par exemple, loi du 6 brumaire an V; loi du 21 décembre 1814; en dernier lieu, décrets des 9 septembre et 3 octobre 1870. Ces derniers décrets ont suspendu les prescriptions et péremptions pour la durée de la guerre, non seulement à compter de leur promulgation successive dans chaque département, mais pour tout le territoire à partir de la déclaration de guerre. Civ. cass., 26 juin 1872, S. 72, 1, 282. Ces décrets doivent, en outre, être entendus en ce sens que tout le temps pendant lequel s'est prolongé l'état de guerre est retranché du délai de la péremption. Req., 17 août 1874, S. 75, 1, 21.

d'arrêter l'instruction, par exemple à un tribunal civil jusqu'à ce que la justice criminelle ait statué, à un tribunal de commerce jusqu'à ce que le tribunal civil ait connu d'un incident de faux ou de vérification d'écritures.

Parfois aussi, un tribunal donne par jugement à une partie un certain temps pour accomplir ou préparer un acte; il y a alors suspension judiciaire.

Enfin il y a suspension conventionnelle, lorsqu'elle résulte de l'accord des parties, par exemple d'une transaction ou d'un compromis (1). Des propositions d'arrangement suspendent aussi la péremption, lors même qu'elles ne réussiraient pas ensuite.

L'article 400 du Code de procédure dit de quelle manière se demande la péremption : c'est par requête d'avoué à avoué, et cette forme est prescrite, à peine de nullité (2). Mais, dans les tribunaux où n'existe pas le ministère des avoués, elle prend la forme d'un exploit d'huissier, et il en est de même devant les tribunaux d'arrondissement et devant les cours d'appel lorsque l'avoué du demandeur a cessé ses fonctions ou a été suspendu depuis le moment où la péremption a été acquise (3). La forme de la requête d'avoué étant substantielle, la demande de péremption devrait être repoussée si elle avait lieu autrement (4).

Si c'est le demandeur lui-même qui est décédé, le défendeur n'en prendra pas moins acte de la péremption par acte d'avoué à avoué, et si c'est le défendeur qui est mort, ses héritiers demanderont la péremption. Mais on se rappelle que, dans ces deux cas, comme il y a interruption de l'instance, le délai de la péremption est porté à trois ans et six mois (5).

En principe, la péremption n'éteint pas l'action ni le droit; c'est l'instance seule qui tombe avec ses accessoires (art. 401 C. pr.). Il en est autrement dans deux cas où la péremption atteint le droit lui-même.

1° En appel, la péremption ne fait pas seulement tomber l'instance, mais retire encore le droit d'appeler (art. 469 C. pr.). Le plus souvent, cette extinction du droit d'appel résultera de ce que les deux mois pour user de cette voie de recours seront depuis longtemps expirés; mais ces deux mois ne courent qu'autant que le jugement a été signifié. Dans le cas contraire, le droit d'appeler dure trente ans, à moins précisément qu'il n'y ait péremption de l'instance d'appel; l'extinction de cette instance entraîne bien réellement alors perte du droit d'appeler.

2° En second lieu, la péremption éteint encore, mais par voie de conséquence et non plus directement, le droit et l'action, lorsqu'il se trouve que la prescription de ce droit et de cette action est maintenant accomplie, précisément parce qu'elle n'a pas été interrompue par l'ajournement. Cette assignation, tombant avec l'instance, n'a produit aucun effet ni par conséquent interrompu la prescription. Qu'on suppose que cette prescription du droit et

(1) Montpellier, 25 février 1873, S. 73, 2, 197; trib. de la Seine, 20 février 1896, D. P. 96, 2, 431.
(2) Paris, 8 mai 1893, D. P. 93, 2, 386.
(3) Bourges, 14 juin 1891, D. P. 92, 2, 121.
(4) Bastia, 3 août 1854, D. P. 56, 2, 170; Toulouse, 1er février 1867, D. P. 67, 2, 64.
(5) La requête de péremption ne doit pas dépasser six rôles (art. 75 du tarif).

de l'action courait depuis vingt-huit ans au moment où l'ajournement a été signifié ; cet ajournement n'ayant plus interrompu la prescription par l'effet de la péremption et remontant nécessairement à plus de trois ans, la prescription du droit est acquise, puisqu'elle a nécessairement couru pendant plus de trente et un ans.

De ce qui précède, il résulte que, dans tous les cas où il s'agira d'un droit soumis à une courte prescription, de trois ans au moins, la péremption de l'instance entraînera prescription du droit.

Par l'effet de la péremption, tous les actes de la procédure depuis la demande en justice et y compris cette demande, c'est-à-dire depuis l'exploit d'ajournement jusqu'au moment où l'on était parvenu, restent sans effet et le demandeur ne peut plus s'en prévaloir. C'est ainsi, comme on l'a déjà dit, que l'ajournement n'a pas interrompu la prescription (art. 2247 C. civ.), ni fait courir les intérêts ; on ne pourrait pas non plus s'en prévaloir plus tard pour soutenir qu'il a constitué le défendeur possesseur de mauvaise foi (art. 549, 555 C. civ.). Le demandeur paie les frais de l'instance périmée, sauf son recours en dommages-intérêts contre son avoué, si la péremption a eu lieu par la faute ou par la négligence de cet officier ministériel (1). Mais la péremption n'atteint pas les actes étrangers à l'instance, comme, par exemple, un protêt (2), une sommation, de sorte que ces actes continueraient à faire courir les intérêts. De même, la tentative de conciliation, précédant l'instance au lieu de la commencer, n'est pas non plus atteinte par la péremption et il en résulte que si le demandeur veut plus tard recommencer le procès, il n'est pas obligé de tenter une nouvelle conciliation (3).

La péremption d'instance n'atteint pas non plus, on s'en souvient, les jugements définitifs sur certains incidents, car il y a chose jugée pour les points sur lesquels ils ont statué ; mais elle fait, au contraire, tomber les jugements préparatoires ou interlocutoires. Si le tribunal a donné acte d'un aveu ou d'une prestation de serment, ce jugement étant définitif reste également debout.

Il peut arriver qu'un jugement statue seulement sur une partie du procès et ordonne une mesure d'instruction ; tel est celui qui reconnaît l'existence de dommages-intérêts et ordonne en même temps qu'ils seront fixés par état ; sur le premier point il y a chose jugée au fond, et il ne peut plus être question de péremption d'instance, mais celle-ci peut porter sur la partie de l'instance relative à la détermination des dommages-intérêts.

Comme on le voit, lorsqu'au cours d'une instance il a été rendu un jugement définitif sur quelques points du procès et que les juges ont sursis à statuer ou ordonné une mesure d'instruction pour le surplus, la péremption, qui ne peut plus atteindre la portion du procès définitivement jugée, peut anéantir celle qui reste soumise aux juges. Tel serait encore le cas où, par un

(1) Aix, 26 octobre 1900, D. P. 1900, 2, 480.
(2) Civ. cass., 2 janvier 1855, D. P. 55, 1, 13.
(3) Il a été jugé cependant qu'en matière de séparation de corps l'instance est réputée commencée à partir de l'ordonnance du président autorisant le demandeur à suivre sur sa demande, et que c'est à partir du jour où cette ordonnance a été rendue que le délai de trois ans pour la péremption doit courir. Poitiers, 11 mars 1863, D. P. 63, 2, 96.

premier jugement, le tribunal se serait déclaré compétent et où ensuite l'instruction de l'affaire serait restée en suspens pendant plus de trois ans. De même, qu'on suppose un premier jugement qui déclare la demande en partage bien fondée et ordonne l'estimation des biens, sauf à procéder au partage par un second jugement; ce premier jugement s'oppose à la péremption d'instance pour tout ce qui l'a précédé, mais non pour ce qui doit le suivre. Celui qui a obtenu le jugement ordonnant le partage peut toujours agir en vertu de ce jugement; seulement, s'il garde le silence pendant plus de trois ans et si on a obtenu contre lui la péremption, il est obligé d'assigner de nouveau au lieu de lancer un simple avenir. De même encore, qu'on suppose une instance nouvelle engagée sur l'exécution d'un jugement, cette instance est soumise à péremption et personne n'a jamais proposé de dire que le jugement sur le fond fait échapper à la péremption l'instance qui pourra s'engager sur l'exécution de ce jugement.

Jusqu'ici nous avons supposé qu'il y avait seulement un demandeur et un défendeur. Lorsqu'il y a plusieurs demandeurs, le défendeur peut n'invoquer la péremption que contre l'un d'eux et continuer la procédure avec les autres; de même, s'il existe plusieurs défendeurs, il peut arriver que l'un d'entre eux invoque la péremption et que les autres y renoncent, de sorte que le procès continuera pour eux.

Ces solutions sont toutefois très généralement repoussées par la doctrine et par la jurisprudence. La péremption d'instance ayant pour effet de faire tomber en principe toute l'instance, on en a conclu que cette instance est indivisible, même en dehors du cas d'obligation solidaire ou indivisible; que la péremption demandée par un seul des défendeurs profite aux autres, sans même qu'ils soient appelés à l'incident (1); que si la péremption ne peut pas s'accomplir ou si son délai est prorogé vis-à-vis d'un des demandeurs, les autres en profitent (2).

Ces solutions sont cependant, à notre avis, tout à fait inexactes et ceux qui les proposent en doctrine ou en jurisprudence ne paraissent même pas se douter qu'ils se mettent en contradiction formelle avec les solutions qu'ils adoptent en matière de désistement. Ils n'hésitent pas à reconnaître notamment : que le désistement formel, au lieu de porter sur toute l'instance, peut être limité à une partie de l'instance ou même à un acte déterminé de procédure; que s'il y a plusieurs demandeurs, l'un peut se désister et les autres continuer le procès; que s'il y a plusieurs défendeurs, l'un peut accepter le désistement et les autres le refuser. Rien n'est donc plus divisible qu'une instance, soit au point de vue des actes de procédure, soit sous le rapport des personnes, et on ne voit pas pour quel motif les solutions adoptées pour le désistement ne s'appliqueraient pas à la péremption d'instance qui n'est en réalité qu'un désistement tacite. D'ailleurs, quand on dit que la péremption demandée par l'un des défendeurs profite aux autres, est-on bien certain de ne pas se tromper? Remarquons, en effet, que vis-à-vis de ces autres défendeurs la péremption a en réalité lieu de plein droit; elle leur est imposée et

(1) Liège, 7 mai 1885, D. P. 86, 2, 105; civ. cass., 18 octobre 1898, D. P. 99, 1. 147.

(2) Civ. cass., 21 mai 1899, D. P. 80, 1. 57. Voy. encore, sur l'indivisibilité de l'instance, Limoges, 15 mars 1878, D. P. 82, 1, 195; Riom, 22 juillet 1896, D. P. 96, 2, 520.

ils n'y peuvent pas renoncer, alors qu'il leur conviendrait peut-être cependant de terminer l'affaire par un jugement (1).

Il faut appliquer cette divisibilité de l'instance au point de vue des actes, comme sous le rapport des personnes, même en cas d'obligation solidaire ou indivisible. Sans doute, en cas de solidarité ou d'indivisibilité, l'instance produit un effet particulier, celui d'interrompre la prescription à l'égard de tous, même à l'égard de ceux qui ne sont pas poursuivis (art. 2249 C. civ.); mais il ne faut pas conclure de là que l'indivisibilité ou la solidarité de la créance ou de la dette confère ce caractère à l'instance.

Nous avons vu quels sont les effets de la péremption en première instance ou en instance d'appel; il nous faut maintenant rechercher les résultats auxquels elle conduit en cas de jugement par défaut ou de requête civile.

Pour le cas de jugement par défaut, il faut distinguer plusieurs hypothèses. S'agit-il d'un jugement par défaut contre partie qui n'a pas été exécuté dans les six mois, ce jugement est éteint au bout de ce temps, mais la procédure reste debout tant qu'elle n'est pas périmée par trois ans à la demande du défendeur (2). Il en résulte qu'il suffit au demandeur de se présenter au tribunal pour obtenir un nouveau jugement, sans autre procédure, s'il est encore dans le délai de trois ans.

Si l'on suppose un jugement par défaut auquel il a été fait régulièrement opposition et qu'ensuite il y ait péremption de la procédure reprise sur cette opposition, il faut décider, à notre avis, que le jugement par défaut reprend toute sa force, car l'opposition en avait seulement suspendu l'exécution. C'est d'ailleurs la solution que nous avons donnée pour le cas de péremption d'instance en cause d'appel : on a vu que le droit d'appeler est éteint et que le jugement attaqué passe en force de chose jugée. Il est vrai que, dans une certaine doctrine adoptée par la jurisprudence, on admet que l'opposition à elle seule anéantit le jugement, quoi qu'il puisse se produire dans la suite, mais nous avons montré combien cette doctrine est erronée. Si l'opposition faite au jugement par défaut est irrégulière, alors il est hors de doute, même pour la jurisprudence, que le jugement reste debout et que le demandeur pourra toujours s'en prévaloir, même si plus tard on demande contre lui la péremption, soit qu'il n'ait pas poursuivi la procédure sur l'opposition, soit qu'il ait commencé par invoquer la nullité de cette opposition et ait ensuite laissé la péremption s'accomplir.

La requête civile ouvre une instance nouvelle. Si la discontinuation des poursuites a lieu avant que le premier jugement ait été annulé par le jugement sur le rescindant, la péremption atteint le demandeur en requête civile; le jugement sur le fond attaqué par la requête civile reste debout. Mais, si la péremption d'instance s'accomplit après le jugement sur le rescindant et avant le jugement sur le rescisoire, alors le jugement attaqué étant tombé par l'effet du jugement sur le rescindant, il ne reste plus debout, en pareil cas, que ce jugement sur le rescindant qui a fait tomber le jugement attaqué.

(1) Voy. ma note au D. P. 86, 2, 105.
(2) Rennes, 28 février 1879, D. P. 80, 2, 14.

Nous savons qu'il n'y a pas de péremption devant la Cour de cassation. Mais quel serait l'effet de celle qui s'accomplirait devant le tribunal ou la cour de renvoi? Nous ferons le même raisonnement que précédemment : l'arrêt attaqué est tombé, puisqu'il a été cassé par la Cour suprême; la péremption nuit donc à celui qui avait obtenu l'arrêt attaqué et profite à celui qui s'était pourvu en cassation; les parties sont remises en le même état que s'il n'y avait jamais eu aucun jugement entre elles (1). Il va sans dire que la péremption doit être demandée devant les juges du renvoi et prononcée par eux. C'est, en effet, devant eux que la péremption court, même s'il n'y a eu aucune assignation de la part des parties, car ils ont été saisis par l'arrêt de la Cour de cassation. La péremption commence à courir du jour même de l'arrêt de cassation et avant sa signification, si la cassation a été demandée et obtenue par l'appelant ou par le demandeur (en supposant un jugement en dernier ressort) : c'est, en effet, à lui à faire les diligences nécessaires pour terminer l'instance qui revit en vertu de l'arrêt de cassation. Si, au contraire, l'arrêt de cassation a été demandé et obtenu par l'intimé ou par le défendeur, la péremption ne commence à courir que du jour de la signification de l'arrêt; aucune négligence n'est imputable à l'appelant ou au demandeur tant qu'il ne connaît pas légalement l'arrêt qui lui enlève le bénéfice de la décision qu'il avait obtenue et, d'un autre côté, la péremption ne peut pas, avant cette époque, courir contre l'intimé ou contre le défendeur, car ce n'est pas à lui à poursuivre la nouvelle instance (2).

## § 101. — Autres causes d'extinction de l'instance.

Indépendamment du désistement, de l'acquiescement et de la péremption, il existe encore d'autres causes d'extinction de l'instance, mais dont la loi ne parle pas directement, soit parce qu'elles ne sont qu'une application de droit commun, soit parce qu'elles s'imposent d'elles-mêmes. Ainsi, il va sans dire que l'instance prend fin par le jugement sur le fond ; c'est même là le mode d'extinction de l'instance le plus fréquent et le plus naturel.

L'instance s'éteint également par la transaction ou par le compromis, à la condition toutefois que ces contrats soient valables en la forme et au fond. On s'est demandé si, en cas de nullité de la transaction ou du compromis prononcée par le tribunal compétent, suivant les règles du droit commun, il faut commencer une nouvelle instance ou continuer celle qui avait déjà été engagée en la reprenant à ses derniers errements, même lorsqu'ils remontent à plus de trois ans? Il s'agit là avant tout d'une question d'intention abandonnée à l'appréciation souveraine des tribunaux. Dans le doute, les renonciations ne se présumant pas et devant toujours être étroitement interprétées, il faut décider que les parties n'ont pas renoncé purement et simplement à la première procédure, mais seulement sous la condition que le compromis ou la transaction tiendrait; au lieu de commencer une nouvelle instance, on continuera donc la première et cela même si les derniers

(1) Req., 28 juin 1875, D. P. 76, 1, 30.
(2) Riom, 8 juin 1853, D. P. 56, 2, 23; Bourges, 16 juillet 1891, D. P. 92, 2, 121 et la note.

actes de la procédure remontent à plus de trois ans, car la transaction ou le compromis a eu précisément pour effet de suspendre la péremption (1).

Lorsque l'instance porte sur une action attachée à la personne ou contre elle, c'est-à-dire sur une action qui ne se transmet pas aux héritiers du demandeur ou contre les héritiers du défendeur, le décès de cette partie fait tomber l'instance, s'il se produit à une époque où l'affaire n'est pas encore en état. Mais, dans le cas contraire, c'est-à-dire si l'affaire est en état, le tribunal peut juger en ne s'attachant qu'à ceux qui étaient parties au jour de la mise en état, de sorte qu'en réalité cette mise en état a pour effet de rendre transmissible aux héritiers ou contre eux l'action qui, au début, était attachée à la personne du demandeur ou à celle du défendeur. Ainsi, le donateur pourra ou non obtenir la révocation de sa libéralité pour cause d'ingratitude contre les héritiers du donataire, selon que celui-ci sera décédé depuis que l'affaire est en état ou auparavant (art. 957 C. civ.).

Certaines actions sont tellement personnelles qu'elles n'offrent jamais qu'un intérêt pécuniaire secondaire et que le décès de l'une des parties rend nécessairement le procès impossible; l'instance s'éteint alors, dans tous les cas, par le décès de cette partie, même si l'affaire est déjà en état au moment où le décès se produit. C'est ce qui a lieu notamment en matière de divorce (art. 244 nouv. C. civ.), de séparation de corps, d'interdiction, de pension ou de provision alimentaire.

Nous verrons que le désaveu d'un officier ministériel peut aussi avoir pour effet d'éteindre une instance, le plus souvent pour partie seulement, mais parfois même en totalité; c'est ce qui aurait lieu, par exemple, si un avoué avait commencé une instance sans avoir reçu mandat à cet effet.

Le retrait litigieux, autorisé par les articles 1690 et suivants du Code civil, a pour effet de rendre le procès impossible et fait aussi tomber l'instance.

On sait que l'article 1597 du Code civil interdit, à peine de nullité, dépens et dommages-intérêts, aux membres des tribunaux et du ministère public, aux greffiers, avoués, huissiers, notaires, avocats, d'acquérir des droits litigieux de la compétence du tribunal où ils exercent leurs fonctions. La nullité de cette acquisition fait aussi tomber l'instance lorsqu'elle est prononcée au cours même de cette instance. Cette nullité, tenant à l'ordre public, peut même être demandée, non seulement par celui contre qui les droits existent, mais même par celui qui les a cédés et par celui qui les a acquis. Il n'y a pas d'ailleurs extinction de ces droits comme en cas de retrait litigieux et, sous ce rapport, les choses sont remises en l'état où elles se trouvaient avant la cession.

On ne doit pas ranger parmi les causes d'extinction de l'instance la seule radiation d'une affaire du rôle prononcée par un motif quelconque et, par exemple, parce qu'à l'appel de l'affaire les avoués des deux parties étaient absents (décret du 30 mars 1808, art. 9) (2). Cette mesure ne produit aucun effet sur les actes de la procédure qui reste debout tant que la péremption ne les a pas atteints. Seulement, pour faire revenir l'affaire devant le tribunal,

(1) Pau, 28 janvier 1861, D. P. 61, 5, 359; Montpellier, 25 février 1873, D. P. 74, 5, 373.

(2) Besançon, 12 juillet 1848, D. P. 51, 2, 42; Pau, 28 janvier 1861, S. 61, 2, 490.

il faut la réinscrire au rôle et, si la radiation a eu lieu par la faute de l'avoué, c'est lui qui paie les frais de cette radiation.

On a aussi dit que l'instance ne peut pas prendre fin par prescription (1). Cette question suppose que le défendeur, pour une raison quelconque, n'a pas demandé, comme il en avait le droit, la péremption d'instance au bout de trois ans, depuis le dernier acte de la procédure. Il résulte de là que chaque partie peut reprendre l'instance à son gré et à une époque quelconque. Mais doit-on lui accorder ce droit indéfiniment et sans limite, même au bout de cinquante ans par exemple, ou ne vaut-il pas mieux décider qu'au bout de trente ans, à partir du dernier acte de procédure, l'instance est éteinte de plein droit par prescription ? On sait qu'en effet la prescription, à la différence de la péremption, n'a pas besoin d'être demandée et résulte de la seule expiration du temps fixé par la loi. Certains auteurs écartent la prescription en faisant remarquer qu'elle ne peut atteindre que des droits et des actions. Or l'instance n'est ni un droit ni une action, mais un fait ; d'où il résulterait qu'elle pourrait être reprise à une époque quelconque, même après plus de trente ans et tant que le demandeur ne se serait pas désisté ou que le défendeur n'aurait pas pris acte de la péremption. Il est très vrai de dire qu'une instance est un fait et non un droit ; mais nous relèverons tout de suite que cette considération n'a pas empêché le législateur d'admettre la péremption qui est déjà elle-même une sorte de prescription, avec cette particularité qu'elle doit être demandée au lieu d'opérer de plein droit. S'il y a une péremption d'instance, il n'est pas plus difficile d'admettre aussi une prescription qui se réaliserait au bout de trente ans toutes les fois que la péremption n'aurait pas été demandée. D'ailleurs, du moment qu'une instance est engagée, il existe aussi pour chacune des parties un certain droit, celui de poursuivre cette instance tant que le jugement n'est pas rendu. Or la prescription de l'instance aura pour effet direct d'atteindre et d'éteindre ce droit et, par voie de conséquence, l'instance à laquelle il se rattache (2).

# CHAPITRE VI

## DU DÉSAVEU (ART. 352 à 363 C. pr.).

### § 102. — Cas où il y a lieu à désaveu (art. 352 C. pr.).

Le désaveu est l'action principale ou incidente par laquelle une personne soutient qu'un officier ministériel, ordinairement un avoué, auquel elle a donné mandat, a dépassé les limites de ce mandat ou a même fait un acte sans avoir reçu aucun pouvoir. Cette action suppose, comme on le voit, une faute commise par un officier ministériel mandataire et cette faute consiste précisément à avoir dépassé la limite des pouvoirs. Le plus souvent, il s'agira

(1) Voy. l'article de Valabrègue, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1879, p. 519.

(2) Limoges, 8 mars 1886, D. P. 88, 2, 213.

d'un avoué ; mais d'autres officiers ministériels, l'huissier, l'avocat à la Cour de cassation et, dans certains cas, le notaire, sont aussi mandataires ou sont présumés avoir cette qualité, et il est permis de les désavouer s'ils ont agi cependant sans mandat ou si, dépassant les limites de leur mandat, ils ont fait des offres, des aveux ou donné des consentements (art. 352 C. pr.).

Pour qu'il y ait lieu au désaveu, il ne suffit pas en effet que l'officier ministériel ait dépassé ses pouvoirs, il faut encore que l'acte qu'il a fait rentre dans la classe de ceux qu'énumère l'article 352 du Code de procédure et qui présentent tous ce caractère commun d'impliquer renonciation à un droit du client (1).

Au point de vue des pouvoirs de l'avoué et du désaveu, il faut distinguer trois espèces d'actes. Dans la première classe, on doit placer ceux que l'avoué a le pouvoir de faire, par cela même qu'il a reçu le mandat, exprès ou tacite (2), de représenter son client. Ces actes n'étant que l'exercice régulier des pouvoirs reçus sont valables et lient le client qui n'a pas le droit de les désavouer (3). Ainsi le fait d'un avoué d'avoir couvert une nullité de procédure, d'avoir demandé la remise à une audience ultérieure, d'avoir formé opposition aux qualités, rentre dans ses pouvoirs ordinaires et ne saurait être désavoué. Il peut arriver, il est vrai, qu'un avoué, dans l'exercice de son mandat, nuise à son client et celui-ci aura alors le droit de demander des dommages-intérêts contre son avoué, à la condition d'établir qu'il a commis une faute, mais les actes de cet avoué n'en resteront pas moins debout, précisément parce qu'ils ont été régulièrement passés.

Dans une seconde classe, il faut placer tous les actes pour lesquels la loi exige, à raison de l'importance et de la gravité exceptionnelle de ces actes, même de la part de l'avoué ou de l'huissier, une procuration spéciale et le plus souvent authentique. Ainsi, l'avoué a besoin de cette procuration en matière d'inscription de faux (art. 216 à 218 C. pr.) ; pour récuser un juge (art. 384 C. pr.) ou un expert (art. 309 C. pr.); en matière de demande en renvoi pour parenté ou alliance (art. 370 C. pr.); de prise à partie (art. 511 C. pr.); de surenchère (art. 2185 C. civ); de même, l'huissier doit être porteur d'une procuration de même nature, pour faire opposition à un mariage (art. 66 C. civ.), pratiquer une saisie immobilière (art. 556 C. pr.). Pour les actes de cette seconde classe, l'officier ministériel est, quant à ses pouvoirs, soumis au droit commun du mandat. La loi ne présume pas qu'il a reçu un pouvoir à cet effet et il doit, comme tout mandataire, en justifier par la présentation de la procuration spéciale et authentique. Aussi lorsqu'un officier ministériel, un avoué par exemple, fait un acte de cette nature sans avoir reçu mandat à cet effet, il suffit au client, comme en cas de mandat ordinaire, de déclarer qu'il ne reconnaît pas cet acte, pour le faire tomber et sans qu'il soit nécessaire de s'engager dans la procédure du désaveu.

Restent les actes de la troisième classe. Il faut y faire rentrer, avec l'article 352, les offres, aveux, consentements. Cette énumération de la loi est

(1) Trib. de Tarascon, 22 février 1861, S. 61, 2, 500; trib. d'Yvetot, 17 janvier 1896, D. P. 96, 2, 174.
(2) Par exemple, la remise des pièces vaut mandat tacite (arg. art. 556 C. pr.)
(3) Civ. cass., 12 décembre 1876, D. P. 77, 1, 228.

limitative, non pas quant aux actes eux-mêmes, mais quant à leur nature. En d'autres termes, cette troisième classe comprend les actes qui impliquent renonciation à un droit du client. Tel est le cas où l'avoué fait un aveu pour ce client, et à l'aveu de l'avoué il faut assimiler celui de l'avocat fait en présence de l'avoué, car, par son silence, l'avoué s'approprie l'aveu de l'avocat (1). On doit encore mettre dans cette troisième classe la renonciation au droit d'appeler, la signification d'un jugement sans réserves et l'acquiescement à ce jugement qui implique aussi cette renonciation au droit d'appel (2). De même, l'avoué s'expose au désaveu quand il donne à son client une qualité qu'il n'a pas et qui peut lui être préjudiciable, comme, par exemple, s'il lui a attribué la qualité d'héritier pur et simple, alors qu'il était héritier bénéficiaire ou qu'il n'avait pas encore pris parti. Pour tous les actes de cette nature impliquant renonciation à un droit, la loi soumet le mandat de l'officier ministériel, le plus souvent de l'avoué, à un régime spécial. D'après le droit commun, lorsqu'un mandataire ordinaire dépasse les limites de ses pouvoirs, le mandant n'est pas lié par ce mandataire et il lui suffit, pour écarter les effets des actes irréguliers du mandataire, de déclarer qu'il ne les reconnaît pas; les tiers qui ont traité avec ce mandataire n'ont pas le droit de se plaindre, puisqu'ils avaient le moyen de se mettre à l'abri de tout danger en exigeant du mandataire la présentation de sa procuration avant de traiter avec lui. D'ailleurs, ils auront, le plus souvent, une action en dommages-intérêts contre le mandataire. La loi place l'officier ministériel mandataire, généralement l'avoué, dans une situation spéciale, toutes les fois qu'il renonce à un droit de son client par une offre, un aveu, un consentement ou par tout autre acte de même nature. Comme l'avoué est revêtu d'un caractère officiel, la loi présume qu'il a reçu mandat pour faire cet acte et le dispense de justifier de son mandat vis-à-vis des tiers. Mais cette présomption de mandat peut tomber devant la preuve contraire; seulement cette preuve doit être faite précisément au moyen de l'action en désaveu, et, tant que le client ne l'a pas administrée, il est lié par les actes de l'officier ministériel (3). D'ailleurs, le mandat spécial (mais pas nécessairement authentique) indispensable à l'officier ministériel pour faire des offres, aveux, consentements, peut être exprès ou tacite, direct ou indirect, écrit ou verbal. Au point de vue de la preuve, il est soumis au droit commun et, par exemple, il peut s'induire de présomptions graves, précises et concordantes, même quand le litige est supérieur à 150 francs, s'il existe dans la cause un commencement de preuve par écrit (4).

Telles sont les trois sortes d'actes que la loi distingue au point de vue du désaveu et on voit que cette procédure concerne seulement ceux de la troisième classe. Mais la loi n'a pas prévu un certain nombre de cas particuliers qui peuvent se présenter dans la pratique. Le premier est celui où un avoué ou un huissier a commencé une procédure sans avoir reçu mandat. On est

(1) Civ. rej., 22 mars 1870, S. 71, 1, 146.
(2) Aix, 13 juin 1892, D. P. 93, 2, 220.
(3) Civ. rej., 29 décembre 1886, D. P. 87, 1, 229.
(4) Angers, 16 janvier 1879, S. 79, 2, 55; Toulouse, 24 décembre 1881, D. P. 85, 1, 236.

d'accord pour reconnaître qu'il faut commencer par présumer l'existence de ce mandat et qu'en conséquence le client devra recourir au désaveu pour faire tomber l'instance ou la procédure commencée (1). D'ailleurs, la remise du dossier implique mandat de commencer l'affaire pour l'avoué à moins de restrictions formelles de la part du client, et celui-ci devra alors les établir précisément au moyen du désaveu (2). De même, l'avoué d'appel qui a recu de l'avoué de première instance l'acte d'appel et les pièces du procès avec invitation de se constituer pour l'intimé, est réputé avoir un pouvoir suffisant pour suivre l'appel et ne peut dès lors être désavoué (3).

Le second cas est celui où un avoué a reçu mandat de faire ou soutenir le procès, mais avec des restrictions au droit commun dont il ne tient pas compte. Ici encore, on présumera le mandat et le client ne pourra faire tomber cette présomption en invoquant les restrictions, qu'au moyen de la procédure du désaveu. La même solution s'impose, à notre avis, pour le cas où un avoué révoqué continue à faire des actes de son ministère.

Il va sans dire que, dans tous les cas où l'avoué a agi sans mandat, l'irrégularité est cependant couverte par la ratification expresse ou tacite que donne le client (4). Mais il ne faudrait pas admettre, d'une manière absolue, que la présence de la partie à l'audience, sans protestation de sa part, vaut toujours ratification, car souvent les parties manquent d'expérience et ne comprennent pas ce qui s'accomplit devant elles. Il vaut donc mieux décider qu'il s'agit là, avant tout, d'une pure question de fait.

Un dernier cas, qui ne peut soulever aucune difficulté, est celui où l'avoué qui a reçu un mandat quelconque a précisément omis de le remplir en totalité ou en partie. Il est manifeste qu'il ne saurait être ici question de désaveu, puisque rien n'a été fait et que le client a seulement droit à des dommages-intérêts.

Telle est la théorie du désaveu appliquée aux avoués de première instance ou d'appel, ou même et aussi aux avocats à la Cour de cassation qui sont également officiers ministériels mandataires.

Cette théorie s'applique encore aux huissiers, quoique le Code de procédure ne les mentionne pas (5). Déjà, dans notre ancienne jurisprudence, on admettait le désaveu contre les huissiers (6), et lors de la confection du code il a été formellement dit au Tribunat que les règles établies pour le désaveu sont communes aux avoués et aux huissiers. Mais il va sans dire qu'il faut établir pour les huissiers la triple distinction que nous avons admise pour les avoués. Ainsi, on ne peut pas désavouer un huissier, mais seulement lui

(1) Alger, 24 février 1897, D. P. 1900, 1, 65 ; req., 5 décembre 1898, D. P. 1900, 1, 65.

(2) Toulouse, 24 décembre 1881, D. P. 85, 2, 236.

(3) Poitiers, 26 février 1879, D. P. 79, 2, 115. Lorsqu'une partie constitue un avoué en ajoutant qu'elle lui enverra les renseignements nécessaires, cette indication n'implique aucune restriction au mandat ordinaire de l'avoué. Req., 13 juillet 1897, D. P. 98, 1, 187 et ma note.

(4) Grenoble, 3 décembre 1855, D. P. 56, 2, 278 ; req., 11 novembre 1879, D. P. 80, 1, 421.

(5) Alger, 24 février 1897, D. P. 1900, 1, 65.

(6) Pothier, *Traité du mandat*, nos 128 et 129.

réclamer des dommages-intérêts, à la condition qu'il ait commis une faute, si, en vertu des pièces qui lui ont été remises, il a fait une signification, une sommation, un commandement tendant à une saisie immobilière et même une saisie-exécution (1), car la remise des pièces vaut mandat à cet effet et on ne peut pas dire qu'il ait dépassé la limite de ses pouvoirs. En sens inverse, l'huissier a besoin d'une procuration spéciale pour passer certains actes, comme pratiquer une saisie immobilière, et, dans ce second cas, s'il a agi sans pouvoir, il n'est pas nécessaire de le désavouer, il suffit de ne pas reconnaître l'acte auquel il a procédé. Mais s'il a fait un aveu ou des offres, s'il a demandé ou concédé un délai, s'il a accepté un aveu ou des offres du débiteur contre lequel il instrumentait, et sans pouvoir à cet effet, alors il est soumis au désaveu comme le serait un avoué : on commence par présumer qu'il a reçu pouvoir, mais cette présomption tombe devant la preuve contraire résultant du désaveu.

Un cas commun aux avoués et aux huissiers est celui où un de ces officiers ministériels, ayant reçu mandat d'agir, ouvre une procédure, mais à un moment où le mandant est décédé. La jurisprudence applique, dans ce cas, l'article 2008 du Code civil, aux termes duquel ce que fait le mandataire, dans l'ignorance du décès du mandant, est valable (2).

Les notaires sont soumis au désaveu en matière d'offres réelles ; il en est de même lorsqu'ils font des protêts ou des actes respectueux sans mandat. On a soutenu que dans ces deux derniers cas il n'y avait pas lieu à désaveu, sous prétexte qu'ils ne rentrent pas dans les offres, aveux, consentements de l'article 352. Mais on n'a pas observé que le notaire qui fait sans mandat un protêt ou un acte respectueux se met dans la situation d'un avoué ou d'un huissier qui commence une procédure sans pouvoir. Nous avons admis le désaveu contre l'avoué et contre l'huissier, et il n'y a aucune raison pour le refuser contre le notaire. La loi commence par présumer que le notaire a reçu pouvoir de dresser le protêt ou l'acte respectueux, et, pour faire tomber cette présomption, il faut recourir au désaveu. D'ailleurs les notaires ne peuvent ainsi être attaqués par la voie du désaveu qu'autant qu'ils font des actes en qualité de mandataires semblables aux huissiers.

Les avocats, n'étant ni officiers ministériels ni mandataires, ne sauraient être soumis au désaveu ; mais on n'a pas oublié que l'aveu fait par l'avocat en présence de l'avoué devient l'aveu de l'avoué si celui-ci ne proteste pas.

Quant aux agréés, ils sont sans doute des mandataires, mais n'ont pas la qualité d'officiers ministériels et, par cela même, leur mandat est soumis au droit commun, ce qui exclut la procédure du désaveu. Celle-ci suppose, en effet, un mandat donné à un officier ministériel (3). Or, devant les tribunaux de commerce, il n'y a que des mandataires ordinaires, et cela est vrai, même si la partie s'est fait représenter par un avoué (4). Cependant la jurispru-

(1) Pour la saisie-arrêt, voir l'article 562 du Code de procédure.

(2) Rouen, 19 janvier 1853, D. P. 54, 2, 254 ; Lyon, 28 mai 1869, D. P. 70, 2, 71 ; Paris, 22 février 1870, D. P. 71, 2, 165.

(3) Paris, 26 décembre 1884, *Jur. gén., Suppl.*, v° *Agréé*, n° 15, note 2 ; *contra* Toulouse, 24 avril 1841, D. P. 41, 1, 199 ; Carré et Chauveau, *Question* 1296.

(4) Lyon, 9 janvier 1832, S. 32, 2, 351.

dence décide assez généralement que le désaveu doit être employé contre le mandataire *ad litem* qui fait des aveux, des offres ou donne des consentements devant le tribunal de commerce, qu'il s'agisse d'un agréé, d'un avoué, ou de toute autre personne (1). On s'appuie sur l'analogie des matières civiles et sur les conséquences particulièrement graves que peut avoir l'abus de pouvoir du mandataire qui pourra être la cause d'une réformation de tout ou partie du jugement. Si le désaveu n'est pas admis, le jugement devra nécessairement rester debout, et le client n'aura qu'une action en dommages-intérêts, ce qui peut lui causer un grave dommage.

Ces raisons ne nous paraissent pourtant pas décisives. Il ne faut pas oublier que le désaveu est une procédure exceptionnelle et qu'il n'est pas permis de l'étendre en dehors des cas où elle est autorisée par la loi. Or le code suppose toujours que le désaveu est dirigé contre un officier ministériel qui a dépassé les limites de son mandat. Le client est alors particulièrement digne d'intérêt parce qu'il ne pouvait pas éviter ce mandat, puisque le ministère de l'avoué ou de l'huissier ou du notaire est obligatoire. La situation est tout à fait différente en matière commerciale, où le plaideur n'est pas obligé de constituer mandataire et où il peut donner mandat à toute personne. Il ne saurait donc s'en prendre qu'à lui-même s'il choisit un mandataire qui ne remplit pas exactement sa mission. Il est tout naturel que dans ces circonstances le jugement soit maintenu, et que le droit du mandant se limite à des dommages-intérêts contre le mandataire qui a dépassé ses pouvoirs.

Si l'on admet contre notre opinion, et avec la jurisprudence, que le désaveu est permis en matière commerciale, on doit tout au moins décider que cette action en désaveu échappera à la compétence du tribunal de commerce et sera portée devant le tribunal civil du défendeur, car le procès est purement civil (2). On a, cependant, proposé de donner compétence au tribunal de commerce, en se fondant sur ce que l'article 356 veut que le désaveu soit soumis au tribunal devant lequel la procédure a été engagée. On ajoute que le désaveu peut amener la rétractation totale ou partielle d'un jugement, que, par ce côté, il forme une sorte de voie de recours, et qu'il faut le traiter comme tel. N'est-ce pas ainsi que la requête civile serait portée devant le tribunal de commerce ?

Malgré tout, ces raisons ne nous paraissent pas suffisantes pour autoriser, en l'absence de textes, une pareille dérogation aux principes ordinaires de la compétence absolue (3).

De même, lorsqu'un huissier est désavoué pour un acte relatif à une affaire commerciale, ce n'est pas devant le tribunal de commerce que le désaveu doit être porté, mais devant le tribunal civil. Le procès est en effet civil, et les tribunaux de commerce sont incompétents, d'une manière absolue, pour connaître des affaires civiles. En outre, l'article 359 du Code de procédure veut que toute action en désaveu soit communiquée au ministère public, ce qui serait impossible si le tribunal de commerce était com-

(1) Voy. Rennes, 28 juillet 1884, S. 84, 2, 161 et la note sous cet arrêt.
(2) Rennes, 28 juillet 1884, S. 84, 2, 161.
(3) Voy., dans ce sens, trib. de com. de Marseille, 26 mai 1856, *Jur. gén.*, *Suppl.*, v° *Agréé*, n° 16.

pétent. Enfin, l'action en désaveu se rattache au pouvoir disciplinaire des tribunaux d'arrondissement et des cours d'appel sur les officiers ministériels, puisqu'il s'agit de savoir si un officier ministériel a manqué à ses devoirs dans l'exercice de sa profession. En vain invoquerait-on, en sens contraire, l'article 356, aux termes duquel le désaveu doit être porté au tribunal devant lequel la procédure a été instruite, car il est d'évidence qu'en s'exprimant ainsi cet article n'a eu en vue que les tribunaux d'arrondissement.

Nous déciderons aussi, par identité de raison, que le désaveu relatif à un acte d'huissier fait devant un juge de paix doit être porté au tribunal d'arrondissement, car la question de savoir si un officier ministériel a manqué à ses devoirs est, au point de vue pécuniaire, d'une valeur indéterminée ; en outre, les juges de paix n'ont pas, en principe, le pouvoir disciplinaire sur les huissiers, et enfin, si l'affaire était déférée à cette juridiction, le ministère public ne pourrait pas non plus donner ses conclusions.

Lorsque le désaveu est dirigé contre un avoué d'appel, il est porté directement devant la Cour, qui devient juge en premier et dernier ressort ; c'est l'application pure et simple de l'article 356 du Code de procédure, et elle est bien conforme aussi à l'esprit de la loi, puisque les avoués d'appel relèvent du pouvoir disciplinaire de la Cour. Mais si, au cours d'une instance pendante en appel, un désaveu incident est formé contre l'avoué de première instance ou contre un huissier à raison d'un acte signifié antérieurement à l'appel, alors ce désaveu, toujours par application de l'article 356 du Code de procédure, doit se détacher de l'affaire principale pour être porté devant le tribunal d'arrondissement (1).

L'action en désaveu suppose, comme toute autre action, que celui qui l'intente y a un intérêt. Aussi décide-t-on sans difficulté que le désaveu n'est pas recevable et doit être écarté, quoiqu'il s'agisse d'un acte fait par un officier ministériel en dehors de ses pouvoirs, si cet acte n'a pourtant causé aucun préjudice au désavouant. C'est ce qui aurait lieu notamment si les faits avoués étaient déjà constants et reconnus ; si la prétention à laquelle l'avoué ou l'huissier a renoncé n'était pas sérieuse ; si la partie adverse n'a pas pris acte de l'aveu et n'en a pas profité ; si l'avoué s'est désisté d'une action résolutoire pour défaut de paiement du prix, parce que l'acheteur est parfaitement solvable et paiera certainement son prix.

### § 103. — Compétence (art. 356 et 358 C. pr.).

L'action en désaveu est principale ou incidente, suivant qu'elle commence un procès ou se produit au cours d'une contestation déjà engagée. Dans tous les cas, principale ou incidente, elle s'entame par un acte au greffe du tribunal compétent, signé de la partie elle-même ou du porteur de sa procuration spéciale et authentique. Si le désavouant ne peut ou ne sait signer, il faut nécessairement qu'il recoure à la forme d'un pouvoir spécial et authentique et la participation du greffier à l'acte ne saurait suppléer à son défaut de signature.

(1) Caen, 24 février 1873, D. P. 75, 2, 111.

L'acte de désaveu contient les moyens, les conclusions et une constitution d'avoué. Cette constitution pourrait être faite par acte séparé; elle est indispensable, lorsque le désaveu principal ou incident doit commencer une instance devant le tribunal compétent. Mais si le tribunal saisi d'une demande principale est également compétent pour connaître du désaveu incident à cette demande, celui qui a agi en désaveu doit-il encore constituer avoué? L'affirmative est de la dernière évidence, si le désaveu est dirigé par le client précisément contre l'avoué qu'il a chargé de le représenter dans la cause principale. Mais si le désaveu est dirigé contre un acte fait par un huissier au cours d'une instance actuellement engagée, le client n'est plus obligé de constituer spécialement avoué, et il peut donner mandat à son avoué de la cause principale de poursuivre également le désaveu incident.

L'acte de désaveu fait au greffe doit, à raison de son importance, être signé de la partie elle-même ou du porteur de sa procuration spéciale ou authentique. Par la même raison, nous déciderons que cet acte et les mentions qu'il doit contenir, d'après l'article 353, sont substantiels et, par cela même, prescrits à peine de nullité, bien que celle-ci ne soit pas inscrite dans la loi. De même, la procédure doit s'ouvrir par un acte au greffe, même si elle est dirigée contre un officier ministériel qui a cessé ses fonctions ou contre les héritiers d'un officier ministériel décédé.

L'acte au greffe est suivi d'une assignation contre l'officier ministériel, si le désaveu est principal et introductif d'instance. S'il est incident et si le tribunal saisi de la demande principale est compétent pour en connaître, le désaveu se poursuit par un acte d'avoué, tant à l'avoué contre lequel il est dirigé qu'aux autres avoués de la cause, et cette signification vaut sommation de répondre au désaveu (art. 354 C. pr.). Si le désaveu incident n'est pas de la compétence du tribunal saisi de la demande principale, alors il s'en détache; l'officier ministériel est assigné devant le tribunal compétent, et les parties de la cause principale en reçoivent notification par acte d'avoué à avoué, qui les appelle dans la cause du désaveu (art. 355 et 356 C. pr.).

Si l'avoué n'exerce plus ses fonctions, le désaveu est signifié par exploit à son domicile, et, s'il est mort, à ses héritiers; mais, dans l'un et l'autre cas, on le notifie aux parties de l'instance principale, par acte d'avoué à avoué, et ces parties sont encore appelées à l'instance du désaveu (art. 355 C. pr.).

Les articles 356 et 358 du Code de procédure nous font connaître devant quel tribunal d'arrondissement ou quelle cour d'appel l'instance en désaveu doit être portée, et, les dispositions de ces articles reposant sur des raisons d'ordre public, la nécessité d'assurer la surveillance du tribunal sur les officiers ministériels établis auprès de lui, il faut en conclure que tout autre tribunal d'arrondissement serait incompétent d'une manière absolue. C'est la solution que nous avons déjà proposée sous l'article 60 du Code de procédure et qui s'impose ici par identité de motifs. Il en résulte que si l'action en désaveu se produit d'une manière incidente devant un tribunal autre que celui où l'acte a été passé, ce tribunal doit se déclarer incompétent, même d'office. De même, en pareil cas, l'action en désaveu, quoique inc-

dente, se détache de l'affaire principale et est portée au tribunal devant lequel l'acte a été fait (1).

Pour déterminer la compétence en matière de désaveu, il faut distinguer selon que l'acte attaqué se rattache à une procédure ou est, au contraire, un acte extrajudiciaire.

Si le désaveu concerne un acte fait au cours d'une procédure, il doit toujours être porté au tribunal devant lequel cette procédure est ou a été engagée (art. 356 C. pr.). Peu importe que cette procédure soit terminée ou en cours d'instance ; peu importe aussi que le désaveu soit principal ou incident et nous rappellerons que, dans ce dernier cas, si l'action principale est engagée devant un autre tribunal, l'action en désaveu doit en être séparée, sauf à la dénoncer par acte d'avoué à avoué aux parties de l'instance principale, qui doivent être appelées dans celle du désaveu (art. 356 C. pr.). On remarquera qu'en donnant compétence au tribunal du lieu où l'acte a été fait, en réalité la loi ne déroge pas, le plus souvent, à la règle générale : *Actor sequitur forum rei*, puisque tout officier ministériel est domicilié au lieu où il exerce ses fonctions. Pour que la disposition de l'article 356 du Code de procédure déroge à cette règle, il faut supposer, ou que le désaveu est dirigé contre un officier ministériel qui a cessé ses fonctions et qui a changé de domicile, ou contre ses héritiers.

Pour le cas où le désaveu concerne un acte sur lequel il n'y a pas ou il n'y a pas eu d'instance, en d'autres termes pour un acte extrajudiciaire, le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur (art. 358 C. pr.).

### § 104. — Procédure (art. 353 à 363, moins 356 et 358 C. pr.).

Le désaveu intéressant l'ordre public, la loi dispense l'affaire de la tentative de conciliation (art. 49 C. pr.). Sans doute, toute transaction n'est pas interdite entre l'officier ministériel et son client, mais ici la loi ne la désire pas.

La procédure est celle du droit commun, avec conclusions grossoyées et plaidoiries.

Lorsque le désaveu est incident, qu'il reste ou non joint à la cause principale, il doit être sursis à toute procédure et au jugement de l'instance principale jusqu'à celui du désaveu, à peine de nullité des actes de procédure et des jugements (art. 357 C. pr.). Cette nullité n'existerait pas, d'ailleurs, de plein droit et, comme elle est de pur intérêt privé, elle doit être proposée par la partie, suivant les règles ordinaires, soit sous forme d'exception de nullité, soit au moyen d'une voie de recours, selon que cette partie attaque un acte de procédure ou un jugement. Mais il est bien évident que les juges saisis de la demande principale ne sont pas tenus de surseoir si le désaveu n'est pas sérieux ni susceptible d'exercer une influence sur la décision à intervenir au fond (2). D'un autre côté, le tribunal saisi de la demande principale peut, tout en ordonnant le sursis, fixer le délai dans lequel le désavouant devra faire juger sa prétention. Il

(1) Caen, 24 février 1873, D. P. 75, 2, 111.
(2) Montpellier, 18 août 1865, *Jur. gén., Suppl.*, v° *Désaveu*, n° 31.

ne saurait, en effet, tenir indéfiniment l'instance principale en suspens. D'ailleurs, ce sursis suppose un désaveu formé au cours d'une instance et contre un acte qui s'y rattache. S'il était formé, en dehors de toute instance, contre un acte à la suite duquel aurait été rendu un jugement passé en force de chose jugée, il n'y aurait pas lieu de surseoir à l'exécution de ce jugement (art. 357 C. pr.).

Nous avons déjà dit que toute demande en désaveu doit être communiquée au ministère public (art. 359 C. pr.).

Le désaveu est admis ou rejeté.

Si le désaveu est admis, il fait tomber les actes de procédure que l'officier ministériel a passés sans pouvoir : il annule même le jugement ou la partie du jugement fondé sur ces actes, si l'on suppose que l'affaire pour laquelle a été passé l'acte des avoués est déjà terminée au moment où l'action en désaveu est intentée. On voit que par ce dernier côté le désaveu produit les effets d'une véritable voie de recours. En outre, comme le désavoué a manqué à un devoir professionnel, il peut être condamné à des dommages-intérêts envers le demandeur et les autres parties en cause. Rien ne s'oppose à ce qu'il soit aussi l'objet de poursuites disciplinaires ou même pénales, suivant la gravité des cas (art. 360 C. pr.).

Quand le désaveu est dirigé contre un acte extrajudiciaire, il fait tomber cet acte, avec tous les effets qu'il avait produits.

Si le désaveu est, au contraire, repoussé, il est fait mention du jugement de rejet en marge de l'acte désavoué. Le demandeur peut être condamné envers le désavoué et les autres parties à des dommages-intérêts (art. 361 C. pr.) ; il tomberait même sous l'application des articles 224 et 227 du Code pénal, si son désaveu avait le caractère d'un outrage fait à un officier ministériel dans l'exercice de ses fonctions. Le tribunal pourrait aussi, en vertu de l'article 1036, ordonner la suppression des conclusions du désavouant, les déclarer calomnieuses et ordonner l'impression et l'affiche de son jugement.

La loi n'ayant pas parlé des voies de recours, on appliquera le droit commun. Le jugement sur le désaveu est-il par défaut, l'officier ministériel défaillant aura la voie de l'opposition. En outre, le jugement sera toujours susceptible d'appel, quel que soit l'intérêt pécuniaire qui se rattache à l'action en désaveu, car cet intérêt est un simple accessoire, et le véritable litige, portant sur la question de savoir si un officier ministériel a manqué à un devoir professionnel, est d'une valeur indéterminée. Il va sans dire qu'il ne peut pas être question d'appel si la décision rendue est celle d'une cour d'appel, directement saisie d'une action en désaveu dirigée contre un de ses avoués.

Lorsque le désaveu a pour objet d'attaquer un acte de procédure, il est évident qu'il peut être formé tant que l'instance n'est pas terminée. Mais l'article 362 du Code de procédure permet même d'intenter l'action en désaveu après le jugement, d'abord tant que ce jugement n'est pas passé en force de chose jugée, ensuite même une fois qu'il a acquis force de chose jugée, mais alors, et dans ce dernier cas, à la condition de s'empresser d'intenter le désaveu dans les huit jours qui suivent celui où le jugement est réputé exécuté, conformément à l'article 159 du Code de procédure (art. 362 C. pr.) Ainsi, le désaveu sera admis tant que le jugement sera susceptible d'appel,

mais une fois que les délais d'appel sont expirés, comme le jugement sera passé en force de chose jugée, il faudra se hâter d'intenter l'action en désaveu dans la huitaine qui suivra l'exécution. Quant à la signification de l'acte de désaveu prescrite par l'article 354 du Code de procédure, la loi n'indique aucun délai (1).

Les actes d'exécution qui feront courir ce délai de huitaine sont ceux qu'énumère l'article 159, et tous ceux desquels il résulte nécessairement que l'exécution a été connue de la partie (2).

La loi n'a pas déterminé le temps pendant lequel le désaveu est permis contre un acte extrajudiciaire et dès lors, dans son silence, il faut appliquer le droit commun et permettre le désaveu pendant trente ans.

On voit, par ce qui précède, que l'action en désaveu se présente sous les formes les plus diverses : tantôt elle fait l'objet d'un procès ordinaire ; tantôt elle n'est que l'incident d'un autre procès déjà engagé ; si elle intervient après que le jugement a été rendu, elle ressemble singulièrement à une voie de recours, puisqu'elle peut amener l'annulation totale ou partielle de ce jugement. Enfin, elle a une sorte de caractère pénal et disciplinaire à la fois, comme la prise à partie contre les magistrats, car elle suppose une faute professionnelle commise par un officier ministériel.

# CHAPITRE VII

## PARTICULARITÉS DES INCIDENTS EN MATIÈRE COMMERCIALE ET DE JUSTICE DE PAIX (3).

### § 105. — Exceptions (art. 32, 33, 423 à 427 C. pr.).

Jusqu'à la loi du 5 mars 1895, et conformément à une tradition plusieurs fois séculaire, les étrangers demandeurs étaient dispensés, en matière commerciale, de fournir caution au profit des Français défendeurs pour le paiement des frais et des dommages-intérêts résultant du procès (art. 16 C. civ. et 423 C. pr.). Depuis la loi de 1895, cette dispense est supprimée et le défendeur français peut donc opposer au demandeur étranger l'exception de caution, en matière commerciale comme en matière civile. Nous avons déjà apprécié cette loi rétrograde et tout à fait contraire à l'esprit de notre temps : à une époque où les relations internationales sont devenues fréquentes, il importe que la justice soit accessible à tous, sans condition de nationalité. Une loi de la nature de celle de 1895 peut se retourner facilement contre les Français dans les pays étrangers où, par mesure de rétorsion, on les astreindra aussi à fournir caution.

Les exceptions déclinatoires sont communes aux affaires commerciales et

(1) Civ. cass., 29 avril 1896, D. P. 96, 1, 413.

(2) Bordeaux, 16 avril 1865, *Jur. gén.*, *Suppl.*, v° *Désaveu*, n° 59.

(3) Bien qu'un certain nombre des questions étudiées dans ce chapitre aient déjà été indiquées antérieurement, çà et là, il a paru utile de les grouper ici.

aux affaires civiles, mais elles y présentent parfois des particularités. L'exception de litispendance et celle de connexité qui peuvent être proposées en tout état de cause devant les tribunaux civils doivent, au contraire, être invoquées au début de l'affaire, comme l'incompétence relative, en matière commerciale (art. 424 C. pr.). Lorsqu'il y a connexité entre une affaire civile et une affaire commerciale, c'est toujours le tribunal de commerce qui doit se dessaisir, parce qu'il est incompétent d'une manière absolue pour juger les affaires civiles, tandis que le tribunal civil n'est incompétent que d'une manière relative pour connaître des affaires commerciales. D'un autre côté, lorsqu'une exception déclinatoire a été proposée, le tribunal de commerce peut statuer par un seul jugement sur l'exception et sur le fond (ce qui suppose qu'il rejette l'exception), pourvu qu'il le fasse par deux dispositions distinctes, tandis qu'en matière civile il faudrait, nécessairement, rendre un jugement sur l'exception déclinatoire seule. L'article 425 du Code de procédure qui consacre cette particularité a eu pour objet de gagner du temps et d'éviter des frais, mais il n'impose pas une obligation aux tribunaux de commerce, qui peuvent rendre deux jugements distincts. De plus, elle suppose nécessairement qu'il existe des conclusions sur le fond, tout au moins de la part du demandeur. On a même prétendu que le défendeur, tout en contestant la compétence, peut, en même temps, conclure sur le fond, mais il sera toujours prudent de ne le faire qu'avec des réserves et pour le cas où l'exception déclinatoire serait repoussée. Sous tous les autres rapports, on applique le droit commun et, par exemple, l'incompétence absolue peut être proposée en tout état de cause, de même que le jugement statuant sur une exception de déclinatoire quelconque est toujours susceptible d'appel, comme le rappellent, bien inutilement, les articles 424 et 425 du Code de procédure.

La loi ne dit rien de l'exception de nullité pour vice de forme dans les actes de procédure. On applique donc le droit commun ; par exemple, la nullité de l'ajournement serait couverte par des conclusions sur le fond ou sur une exception dilatoire. Lorsque celui qui est justiciable d'un tribunal consulaire, soit à titre de commerçant, soit même pour avoir fait un seul acte de commerce, vient à décéder, ses héritiers et sa veuve commune en biens peuvent être actionnés par demande nouvelle ou en reprise d'instance devant ce même tribunal, mais ils ont le droit d'y opposer l'exception dilatoire tirée du droit de faire inventaire et délibérer, comme ils peuvent aussi soutenir qu'ils ont été mis à tort en cause, parce qu'ils ont renoncé à la succession ou à la communauté. Si cet incident soulève une difficulté, la loi veut qu'elle soit renvoyée au tribunal civil (art. 426 C. pr.). La loi n'a pas donné compétence au tribunal de commerce pour trancher la question de savoir si le défendeur est héritier ou si la femme est commune en biens. On est même d'accord pour généraliser les solutions de l'article 426 et pour décider que, quand il s'élève devant le tribunal de commerce un incident relatif à l'état des personnes ou au droit de famille, celui-ci doit, même d'office, le renvoyer devant le tribunal civil, et il faudrait appliquer cette solution, non seulement au cas où les héritiers sont défendeurs, mais même lorsqu'ils sont demandeurs et agissent devant le tribunal de commerce comme représentants du défunt.

L'exception dilatoire de garantie peut se présenter en matière commerciale, mais cependant on n'admet pas qu'elle retarde le jugement sur le fond en cas d'effets de commerce, car, autrement, leur paiement pourrait être parfois indéfiniment retardé.

La loi ne s'occupe, en matière de justice de paix, que de l'exception dilatoire de garantie (art. 32 et 33 C. pr.). Pour toutes les autres exceptions, on applique donc le droit commun. Quant aux articles 32 et 33, ils sont surtout consacrés à la question de savoir sous quelles conditions la partie, le plus souvent le défendeur, peut se prévaloir de l'exception dilatoire contre le demandeur pour le contraindre à attendre l'arrivée du garant et à suspendre la procédure jusqu'à ce moment, sous peine de nullité des actes qui seraient faits et des jugements qui seraient obtenus. Il faut que le défendeur, pour avoir droit à l'exception dilatoire, demande délai au juge de paix dès la première comparution devant ce magistrat. Celui-ci fixe alors le délai, en tenant compte de la distance qui sépare le domicile du garant du siège de la justice de paix. Ce garant est assigné par citation, sans qu'il soit nécessaire de lui signifier le jugement qui a accordé délai. Si la mise en cause n'a pas été demandée à la première comparution ou si la citation n'a pas été faite dans le délai fixé, le demandeur n'est plus obligé d'attendre l'arrivée du garant et peut faire juger tout de suite sa prétention, mais le garanti peut toujours appeler son garant jusqu'à la clôture des débats; seulement les deux affaires, au lieu d'être jointes, sont séparées et jugées successivement.

### § 106. — **Incidents relatifs à la preuve** (art. 34 à 44, 427 à 432 C. pr.).

La loi n'a pas voulu que les tribunaux de commerce connaissent de la vérification d'écritures ni du faux (art. 427 C. pr.). Cela tient à ce que ces procédures peuvent amener la découverte d'un crime de faux et que la loi veut, pour ce motif, qu'elles se poursuivent sous la surveillance du ministère public. Or il n'existe pas de ministère public dans les tribunaux de commerce. Aussi, lorsqu'un incident de cette nature se présente devant l'un d'eux, il doit le renvoyer devant le tribunal civil de l'arrondissement et surseoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal civil se soit prononcé sur la sincérité de l'écriture par un jugement passé en force de chose jugée. Si la pièce attaquée ne concerne qu'un des chefs de demande, le sursis ne s'applique qu'à ce chef et le tribunal doit continuer l'instruction des autres. Mais, si le tribunal de commerce découvre que l'incident de vérification d'écritures ou de faux est une pure chicane destinée à retarder le jugement de la cause, il peut l'écarter d'emblée au lieu de le renvoyer devant le tribunal civil (1).

Le tribunal civil doit s'en tenir à l'incident qui lui est renvoyé et ne pourrait pas l'écarter, sous prétexte qu'au fond la demande n'est pas recevable.

Dans les arrondissements où il n'existe pas de tribunaux de commerce, le tribunal civil, jugeant commercialement, doit disjoindre l'incident de vérification d'écritures ou de faux de la demande principale, pour le renvoyer à son audience civile, et il ne s'agit pas là d'une simple question de mots, car

(1) Aix, 22 février 1870, D. P. 70, 2, 190.

à cette audience civile l'incident sera instruit et jugé avec la procédure ordinaire, notamment avec le ministère des avoués.

Le juge de paix ne peut pas non plus connaître des vérifications d'écritures ni des procédures de faux, et cela par la raison qui vient d'être donnée pour les tribunaux de commerce. Le juge de paix se borne à donner acte à la partie de sa prétention, paraphe la pièce et renvoie devant le tribunal civil (art. 14 C. pr.).

Dans les affaires commerciales, où la preuve testimoniale peut toujours être admise, l'enquête se fait en la forme sommaire, à l'audience, devant le tribunal tout entier et, suivant la règle ordinaire en matière civile, le greffier n'en dresse procès-verbal qu'autant que le jugement sera susceptible d'appel (art. 432 C. pr.). Le jugement qui ordonne l'enquête contient les faits et fixe les jour et heure où les témoins seront entendus à l'audience. Mais l'indication des jour et heure de l'audition des témoins n'est pas prescrite à peine de nullité et peut être faite par un jugement ultérieur (1).

Le code consacre plusieurs dispositions à l'enquête devant le juge de paix (art. 34 à 40 C. pr.); mais, le plus souvent, il se borne à rappeler le droit commun. Ainsi, l'enquête se fait à l'audience, dans la forme sommaire; chaque témoin déclare s'il est parent, allié ou serviteur de l'une des parties et prête serment de dire vérité (art. 35 C. pr.). Les parties assistent aux dépositions ou y sont tout au moins appelées. Ici, la loi a encore le soin de dire que si une partie veut reprocher un témoin, elle doit le faire avant sa déposition, à moins que le reproche ne soit justifié par écrit (art. 36 C. pr.). Après avoir entendu la déposition spontanée de chaque témoin, le juge peut interroger ce témoin, soit d'office, soit à la demande de l'un ou l'autre des plaideurs, mais ceux-ci n'ont pas le droit de s'adresser directement aux témoins (art. 37 C. pr.). On ne dresse procès-verbal de l'audition des témoins qu'autant que l'affaire est susceptible d'appel, et alors le greffier rédige ce procès-verbal conformément aux dispositions de l'article 39 du Code de procédure. Dans les causes de nature à être jugées en dernier ressort, il n'est pas fait procès-verbal de l'enquête, mais le jugement énonce les noms, âge, profession et demeure des témoins, leur serment, leur déclaration s'ils sont parents, alliés, serviteurs ou domestiques des parties, les reproches et le résultat des dépositions (art. 40 C. pr.). Tout cela n'est, en réalité, que la reproduction du droit commun en matière d'enquête sommaire. Ce qui est vraiment particulier en justice de paix, c'est l'autorisation donnée au juge d'entendre les témoins sur les lieux contentieux (art. 38 C. pr.). Sur les autres points pour lesquels la loi a gardé le silence, on appliquera les règles des enquêtes sommaires et on écartera celles des enquêtes ordinaires, par exemple la disposition de l'article 278 du Code de procédure qui prescrit de terminer l'enquête dans un certain délai (2).

Il ne peut pas être question, en matière commerciale, de descente sur lieux, puisque ce moyen de preuve suppose un procès immobilier et que les affaires de cette nature sont toujours nécessairement civiles. Mais la descente sur

(1) Civ. cass., 23 juillet 1860, D. P. 60, 1, 332; Rennes, 11 juillet 1870, D. P. 72, 2, 205.
(2) Req., 10 février 1868, D. P. 68, 1, 261.

lieux est d'un usage très fréquent et très utile en justice de paix, notamment en matière d'action possessoire, de bornage, de dommages causés aux champs, etc. Le juge de paix peut ordonner une descente sur lieux dans les conditions ordinaires. C'est lui-même qui se rend ensuite sur les lieux contentieux qu'il examine en présence des parties ou elles dûment appelées (art. 41 C. pr.). Mais la loi lui permet aussi de combiner la descente sur lieux avec l'expertise et c'est ce qu'il ne manquera pas de faire dans les cas où il n'aura pas, par lui-même, les connaissances nécessaires pour apprécier l'état des choses.

C'est le juge de paix qui nomme lui-même l'expert ou les trois experts, et non les parties (1). Dans les causes sujettes à appel, le greffier doit dresser un procès-verbal qui constate le serment prêté par les experts; ce procès-verbal est signé par le juge, par le greffier et par les experts et, si les experts ne savent ou ne peuvent signer, il en est fait mention (art. 42 C. pr.). Dans les causes non sujettes à l'appel, il n'est pas rédigé de procès-verbal, mais le jugement énonce les noms des experts, la prestation de leur serment et le résultat de leur avis (art. 43 C. pr.).

Le juge de paix peut statuer sur les lieux contentieux (art. 41 C. pr.). Cette règle prouve bien que ce magistrat doit assister à l'expertise, et d'ailleurs il est de principe que toute expertise doit se faire sous la surveillance d'un juge, mais cependant, d'après la jurisprudence, l'absence du juge de paix ne serait pas une cause de nullité de l'expertise (2).

L'expertise est soumise en matière commerciale aux règles du droit commun, sauf sur quelques points particuliers. Ici encore, la loi veut qu'il y ait un ou trois experts, mais jamais deux. Les parties peuvent les choisir elles-mêmes, pourvu qu'elles se mettent d'accord au plus tard à l'audience, au moment où le jugement ordonnant l'expertise est rendu ; autrement le tribunal les nomme d'office (art. 429 C. pr.). Lorsque les experts ont été nommés d'office, les parties peuvent les récuser, mais seulement dans les trois jours de la nomination (art. 430 C. pr.). Il va sans dire que le rapport des experts est déposé au greffe du tribunal (art. 431 C. pr.).

Il existe en outre, en matière commerciale, des experts d'une nature spéciale, appelés arbitres rapporteurs. Ce ne sont pourtant pas de véritables arbitres, car ils ne statuent pas sur le différend. La loi leur donne une double mission : ils doivent d'abord essayer de concilier les parties et on voit ainsi apparaître, au cours de la procédure commerciale, une tentative de conciliation dégagée de toute forme ; si elle n'aboutit pas, les arbitres dressent alors un rapport dans lequel ils font connaître leur avis. Mais il est bien entendu que cet avis ne lie pas le tribunal, pas plus que celui des experts ordinaires. L'article 429 du Code de procédure ne permet aux tribunaux de commerce de nommer un ou trois arbitres rapporteurs que pour l'examen de pièces, comptes et registres. La loi a pensé que, pour l'instruction d'affaires aussi compliquées, les plaidoiries de l'audience seraient tout à fait insuffisantes et, comme l'instruction par écrit n'existe pas en matière com-

(1) Req., 20 janvier 1873, D. P. 74, 1, 16.
(2) Req., 13 mai 1868, D. P. 69, 1, 300; req., 2 décembre 1868, D. P. 71, 5, 176.

merciale, on l'a remplacée par un rapport de ces arbitres. En pratique et surtout à Paris, cette expertise d'une nature spéciale a complètement dévié et a tout à fait faussé la procédure commerciale. Les tribunaux de commerce, ne tenant aucun compte du texte de la loi, nomment des arbitres rapporteurs dès qu'une affaire soulève une difficulté quelconque, alors qu'ils ne devraient user de cette mesure d'instruction que pour l'examen d'écritures. Il en résulte que l'instruction de toute affaire passe des mains du tribunal dans celles des arbitres ; de là, des lenteurs considérables et des frais fort élevés, car les arbitres rapporteurs ont droit, comme tous les experts, à des émoluments. La procédure commerciale perd ainsi les deux avantages qu'elle devrait présenter, la rapidité et l'économie. Les abus sont tels que la commission extraparlementaire, chargée de préparer la réforme du Code de procédure, n'a trouvé d'autre moyen pour supprimer le mal que d'interdire la nomination des arbitres rapporteurs.

Les arbitres sont nommés comme les experts, c'est-à-dire au nombre de un ou trois et par le tribunal, à moins que les parties n'en conviennent à l'audience (art. 429 C. pr.).

Les arbitres rapporteurs étant de véritables experts sont, par cela même, aussi soumis aux règles de l'expertise (1). Mais ils ne peuvent pas constater authentiquement les conventions des parties, car la loi ne leur reconnait pas ce pouvoir (2) ; celles-ci doivent donc dresser un acte sous seing privé ou s'adresser à un notaire.

Les arbitres rapporteurs opèrent seuls ; il n'y a pas lieu à la nomination d'un juge-commissaire, comme dans l'expertise ordinaire, mais sauf les observations qui précèdent on applique toujours aux arbitres rapporteurs les principes de l'expertise.

La loi ne consacre de dispositions spéciales à l'expertise en justice de paix qu'autant que cette expertise se joint à une descente sur lieux ; nous les avons déjà expliquées précédemment. En dehors de ce cas, l'expertise en justice de paix ne présente aucune particularité.

L'article 428 du Code de procédure permet aux tribunaux de commerce d'employer, à leur choix, la comparution personnelle ou l'interrogatoire sur faits et articles à l'effet d'obtenir des aveux. La loi ne dit rien pour les justices de paix; d'où il résulte que l'interrogatoire y est dégagé de toute forme de procédure.

## § 107. — Incidents de fond.

Nous avons vu que les incidents de fond, conclusions additionnelles du demandeur, demandes reconventionnelles du défendeur, interventions des tiers, peuvent se présenter devant les tribunaux de commerce et devant les juges de paix comme devant les tribunaux d'arrondissement. Mais ces incidents, au lieu de prendre, les deux premiers la forme d'acte d'avoué à avoué, le troisième, l'intervention, celle d'une requête d'avoué, se font au

(1) Rouen, 21 mai 1845, D. P. 52, 1, 197.
(2) Lyon, 17 juillet 1867, D. P. 70, 2, 219.

moyen de conclusions verbales à l'audience ou par exploit d'huissier.

On se rappelle qu'en principe, et sauf exception, un tribunal de commerce est incompétent d'une manière absolue pour connaître d'une demande reconventionnelle civile. De même, ce juge de paix ne peut pas connaître des demandes reconventionnelles qui excèdent le taux de sa compétence ordinaire, à moins qu'il ne s'agisse de demandes reconventionnelles en dommages-intérêts fondés sur la demande principale elle-même. Lorsqu'un juge de paix est saisi d'une demande reconventionnelle excédant les limites de sa compétence, la loi lui donne le choix entre deux partis : ou retenir la demande principale et écarter la demande reconventionnelle ou renvoyer sur le tout, c'est-à-dire sur les deux demandes, les parties à se pourvoir devant le tribunal d'arrondissement, sans préliminaire de conciliation (loi du 25 mai 1838, art. 7).

## § 108. — Incidents relatifs au tribunal (art. 44 à 48 C. pr.).

Les incidents relatifs au tribunal, règlement de juges, demande en renvoi pour parenté ou alliance, pour suspicion légitime, pour sûreté publique, les demandes de récusation, ne présentent aucune particularité pour les matières commerciales. Il faut en dire autant pour les affaires de juges de paix; toutefois, il ne peut pas être ici question de demander ce renvoi pour parenté ou alliance, puisque cet incident suppose qu'une partie compte deux parents ou alliés au moins parmi les juges saisis de l'affaire et que le juge de paix siège seul. Mais la parenté ou l'alliance avec l'une des parties, jusqu'au degré de cousin issu de germain, serait une cause de récusation. La loi permet encore de récuser le juge de paix : s'il a intérêt personnel à la contestation ; si, dans l'année qui a précédé la récusation, il y a eu procès criminel entre lui et l'une des parties ou son conjoint, ou ses parents et alliés en ligne directe ; s'il y a procès civil existant entre le juge de paix et l'une des parties ou son conjoint ; s'il a donné un avis écrit dans l'affaire. Cette énumération de l'article 44 du Code de procédure est limitative et on ne doit donc pas admettre les causes de récusation prévues par l'article 378 et que ne reproduit pas l'article 44 du Code de procédure. Toutefois, lorsque le juge de paix agit comme délégué du tribunal d'arrondissement, par exemple pour procéder à une enquête, la jurisprudence lui applique les causes de récusation de l'article 378 du Code de procédure (1).

La récusation du juge de paix se fait par acte d'huissier signifié au greffe de la justice de paix. Cet acte doit exposer les motifs de la récusation ; il est signé, sur l'original et sur la copie, par la partie elle-même ou son fondé de procuration spéciale. Le greffier doit viser l'original et communiquer sans délai la copie au juge. Mais il va sans dire qu'il faut proposer la récusation avant tout exposé de la cause, lequel en effet impliquerait acceptation du magistrat comme juge (2).

Le juge donne au bas de la copie, dans le délai de deux jours, sa décla-

(1) Douai, 16 décembre 1850, D. P. 55, 2, 201.
(2) Trib. de Strasbourg, 27 janvier 1870, D. P. 71, 3, 54.

ration par écrit, soit qu'il acquiesce à la récusation, soit qu'il la repousse (art. 46 C. pr.). La règle suivant laquelle le juge qui se sait cause de récusation doit s'abstenir spontanément, s'applique également ici.

Dans les trois jours de la réponse du juge qui refuse de s'abstenir, ou faute par lui de répondre, le greffier envoie une expédition de l'acte de récusation et de la déclaration du juge, sur la réquisition de la partie la plus diligente, au procureur de la République du tribunal de l'arrondissement. Ce tribunal doit juger dans la huitaine et sur les conclusions du ministère public, sans qu'il soit besoin d'appeler les parties. Mais la loi n'interdit pas au tribunal de les recevoir, si elles demandent à être entendues (art. 47 C. pr.).

Lorsque le juge de paix est ainsi récusé, la procédure engagée devant lui reste suspendue depuis le jour où ce magistrat a reçu communication de la récusation par le greffier et jusqu'à ce qu'il ait été statué par le tribunal d'arrondissement. Le jugement de ce tribunal n'est jamais susceptible d'appel (art. 47 C. pr.) et, si la récusation est admise, elle produit ses effets ordinaires. Si elle est repoussée, le juge de paix peut obtenir des dommages-intérêts, mais alors il ne saurait plus connaître de l'affaire. Il ne semble pas que le récusant, dont la demande a été repoussée, puisse être condamné à l'amende de l'article 390 du Code de procédure, car la loi n'en prononce aucune en justice de paix et les dispositions de droit pénal s'interprètent restrictivement (1).

## § 109. — Incidents relatifs à l'interruption et à l'extinction de l'instance (art. 15 C. pr.).

Nous avons vu qu'une instance peut être interrompue, soit par la cessation des fonctions de l'avoué, soit par le décès d'une partie notifié à l'autre. En matière commerciale et de justice de paix, il ne peut pas être question de la première de ces causes d'interruption, puisque le ministère des avoués n'existe pas. On admettra, au contraire, l'interruption résultant du décès d'une partie, mais il n'est pas possible d'exiger que ce décès soit notifié à l'autre partie, précisément parce que devant les tribunaux d'arrondissement cette notification est faite par l'avoué de la partie décédée. Il en résulte que l'instance ne sera interrompue qu'à partir du moment où l'autre partie aura eu, d'une manière quelconque, connaissance du décès de son adversaire.

La péremption d'instance et le désistement ne donnent lieu à aucune observation en matière commerciale. On rappellera seulement que le défendeur, au lieu de prendre acte de la péremption par acte d'avoué à avoué, le fera au moyen d'un exploit d'huissier. Il procédera de la même manière en justice de paix, sauf exception bien entendu dans le cas où la péremption a lieu de plein droit; ce qui a lieu si le juge de paix a rendu un jugement interlocutoire. On sait que, dans ce cas, la péremption se réalise au bout de quatre mois, tandis qu'ordinairement elle exige un délai de

(1) Trib. de Strasbourg, 27 janvier 1870, D. P. 71, 3, 54.

trois ans (art. 15 C. pr). Lorsque la contestation comprend des chefs étrangers à l'interlocutoire, même dans ce cas toute l'instance est périmée de plein droit au bout de quatre mois, non pas à cause de son indivisibilité, comme le dit à tort la Cour de cassation (1), mais parce que l'article 15 du Code de procédure est général et ne fait aucune distinction.

(1) Req., 15 mars 1859, D. P. 60, 1, 19.

FIN DU PREMIER VOLUME.

# TABLE DES MATIÈRES

## DU TOME PREMIER

---

### INTRODUCTION

CARACTÈRES DES LOIS DE LA PROCÉDURE ET DISPOSITIONS GÉNÉRALES.



---

### PREMIÈRE PARTIE

**Organisation judiciaire et compétence.**

### CHAPITRE PREMIER

FORMATION DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE ACTUELLE EN MATIÈRE CIVILE ET CONFECTION DU CODE DE PROCÉDURE.



### CHAPITRE II

TRIBUNAUX DE LA JUSTICE CIVILE.

## CHAPITRE III

### MEMBRES ET AUXILIAIRES DE LA JUSTICE CIVILE.



## CHAPITRE IV

### DE LA COMPÉTENCE ET DES ACTIONS.



---

# DEUXIÈME PARTIE

## Procédure dégagée d'incidents.

## CHAPITRE PREMIER

### DE LA TENTATIVE DE CONCILIATION (art. 48 à 59 C. pr.).

## CHAPITRE II

AJOURNEMENT (art. 61 à 75 C. pr.).



## CHAPITRE III

LA PROCÉDURE ORDINAIRE DEPUIS L'AJOURNEMENT JUSQU'AU JUGEMENT (art. 75 à 93 C. pr.).



## CHAPITRE IV

PROCÉDURES EXCEPTIONNELLES.



---

# TROISIÈME PARTIE

**Des jugements.**

## CHAPITRE PREMIER

RÈGLES COMMUNES A TOUS LES JUGEMENTS (art. 116 à 149 C. pr.).

## CHAPITRE II

RÈGLES PROPRES AUX JUGEMENTS PAR DÉFAUT (art. 149 à 166 C. pr.).



## CHAPITRE III

RÈGLES PROPRES AUX JUGEMENTS DES TRIBUNAUX D'EXCEPTION, TRIBUNAUX DE COMMERCE, JUSTICES DE PAIX (art. 433 à 442 et art. 28 à 32 C. pr.).



---

# QUATRIÈME PARTIE

## Des incidents.

## CHAPITRE PREMIER

DES EXCEPTIONS (art. 166 à 193 C. pr.).



## CHAPITRE II

INCIDENTS RELATIFS A LA PREUVE.

## CHAPITRE III

DES INCIDENTS DE FOND (art. 337 à 342 C. pr.).



## CHAPITRE IV

INCIDENTS RELATIFS AU TRIBUNAL.



## CHAPITRE V

DES INCIDENTS RELATIFS A L'INTERRUPTION ET A L'EXTINCTION DE L'INSTANCE.

## CHAPITRE VI

DU DÉSAVEU (art. 352 à 363 C. pr.).



## CHAPITRE VII

PARTICULARITÉS DES INCIDENTS EN MATIÈRE COMMERCIALE ET DE JUSTICE DE PAIX.



FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES DU TOME PREMIER.

1647-01 — Corbeil. Imprimerie Éd. Crété.

